UNIVERSIDAD MAYOR, REAL Y PONTIFICIA DE SAN FRANCISCO XAVIER DE CHUQUISACA

VICERRECTORADO

CENTRO DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACIÓN

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

BASES FILOSÓFICAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA JURÍDICO PENAL BOLIVIANO: DERECHO PENAL Y JUSTICIA

TESIS PARA LA OPCIÓN AL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

Doctorando: Carlos Eduardo Ortega Sivila

Sucre – Bolivia

2024

UNIVERSIDAD MAYOR, REAL Y PONTIFICIA DE SAN FRANCISCO XAVIER DE CHUQUISACA

VICERRECTORADO

CENTRO DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACIÓN

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

EL CONFLICTO JURÍDICO PENAL Y LA SANCIÓN PENAL JUSTA: UNA PROPUESTA FILOSÓFICO DOGMÁTICA

BASES FILOSÓFICAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA JURÍDICO PENAL BOLIVIANO: DERECHO PENAL Y JUSTICIA

Doctorando: Carlos Eduardo Ortega Sivila

Tutor: Ph D. Said Enrique Cortez Romero

Sucre – Bolivia

2024

ÍNDICE

ÍNDICE i

COMPROMISO vi

RESUMEN vii

INTRODUCCIÓN 1

I.- JUSTIFICACIÓN 3

II.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA 4

III.- OBJETO DE ESTUDIO 4

IV.- CAMPO DE ACCIÓN 4

V.- OBJETIVOS 5

5.1.- Objetivo General 5

5.2.- Objetivos específicos 5

VI.- IDEA A DEFENDER 5

VII.- APORTE TEÓRICO 5

VIII.- SIGNIFICACIÓN PRÁCTICA 6

IX.- ACTUALIDAD 7

X.- NOVEDAD 7

XI.- PERTINENCIA SOCIAL 7

XII.- ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN 7

XIII.- MÉTODOS Y TÉCNICAS 7

13.1.- Métodos: 8

13.1.1.- Métodos teóricos: 8

Método dialéctico 8

Método teórico-jurídico 9
Método de análisis del discurso 9
Método de análisis histórico 9
Método exegético y dogmático 9
Métodos de interpretación socio-política del discurso constitucional 10
13.1.2.- Técnicas: 10
CAPÍTULO I 11
MARCO TEÓRICO LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL 11
1.1.- Teorías sobre la autoría y participación criminal 12
1.1.1.- Teoría unitaria 12
1.1.2.- Teorías diferenciadoras 14
1.1.3.- La teoría formal objetiva 15
1.1.4.- Teorías objetivo materiales 16
1.1.5.- Teoría del dominio del hecho 16
1.2.- La autoría 18
1.2.1.- Autoría directa 18
1.2.2.- Coautoría. 18
1.2.3.- Autoría mediata 19
1.3.- Formas de participación 21
1.3.1.- Complicidad 23
1.3.2.- Instigación 24
1.4.- Categorías de la dogmática jurídico penal 29
1.4.1.- El tipo penal 29
1.4.2.- Antijuridicidad y causas de justificación 34

1.4.2.1.- Legítima defensa 36

1.4.2.2.- El Estado de necesidad justificante 40

1.4.2.3.- Estado de necesidad exculpante 44

1.4.2.4.- Estado de necesidad por colisión de deberes 47

1.4.2.5.- El exceso en las causas de justificación..... 53

1.4.2.6.- El error en las causas de justificación y exculpación 54

1.4.2.7.- Exclusión de responsabilidad en la parte especial 59

1.4.3.- La culpabilidad 59

1.4.3.1.- Concepción psicológica de la culpabilidad..... 59

1.4.3.2.- Concepción normativa de la culpabilidad..... 65

1.4.3.3.- Concepción finalista de la culpabilidad..... 70

1.4.3.4.- Concepción funcionalista de la culpabilidad 75

1.4.3.5.- Culpabilidad y política criminal..... 90

1.4.3.6.- Elementos de la culpabilidad 102

1.4.3.7.- El principio de culpabilidad y la determinación de la sanción penal 107

CAPÍTULO II.....115

MARCO CONTEXTUAL EL PROCESO CONSTITUYENTE Y EL SURGIMIENTO DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA 115

2.1.1- El proceso constituyente..... 116

2.1.2.- Núcleos comunes de formación del Estado Plurinacional de Bolivia..... 119

2.1.3- La fundación del Estado Plurinacional de Bolivia..... 142

2.2.- El discurso del Derecho penal boliviano.....144

2.2.1.- El discurso del Derecho Penal republicano 147

2.2.2.- El discurso del Derecho penal en lo que va del Estado Plurinacional de Bolivia 163

2.3.- El concepto de ciudadanía desde las microestructuras sociales 188

2.4.- La construcción de la subjetividad y la validez material del orden jurídico 189

CAPÍTULO III 201

DIAGNÓSTICO TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y NEOCONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA.....201

3.1.- Introducción.....201

3.2.- Validez material y validez formal de las normas jurídico penales 202

3.3.- Teorías legitimantes del sistema jurídico penal.....206

3.4.- Base filosófica del sistema de sanciones penales 214

3.5.- Derecho Penal y justicia:.....225

3.5.1.- El jurista frente a la dogmática jurídica..... 225

3.5.2.- John Rawls y sus criterios de justicia como igualdad y como una cuestión política 235

3.5.3.- El criterio liberal y deontológico de Robert Nozick 240

3.5.4.- Criterio de libertad sustancial en Amartya Sen..... 244

3.5.5.- Las elecciones personales como criterio de justicia según Gerald Cohen 249

3.5.6.- Crisis social y régimen político en el contexto de la pandemia por el Covid19 251

3.5.7.- Marxismo analítico y justicia..... 270

3.5.8.- La disputa entre comunitaristas y liberales..... 271

3.5.9.- El pensamiento republicano y la justicia 282

3.5.10.- La concepción política de la justicia de John Rawls y la realidad boliviana 291

CAPÍTULO IV PROPUESTA 301

PRINCIPIOS Y VALORES DEL NUEVO ORDEN SOCIAL: EL SENTIDO DEL DERECHO PENAL.....301

4.1.- Bases teórico contextuales de la propuesta 301

4.2.- El principio de humanidad, personalidad y proporcionalidad vinculado a los principios de necesidad y utilidad de la sanción penal como criterios de racionalización del poder punitivo 308

4.3.- Reglas de ejecución de las sanciones 309

4.4.- Principio de culpabilidad y principio de racionalidad valorativa 311

4.5.-Derecho Penal e interpretación por principios 320

4.6.- Juicio de ponderación constitucional 330

4.7.- Algunas cuestiones prácticas según los principios de racionalidad valorativa 345

CONCLUSIONES 372

RECOMENDACIONES 375

BIBLIOGRAFÍA 376

COMPROMISO

A tiempo de presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del Grado Académico de Doctor en Derecho de la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, autorizo al Centro de Estudios de Posgrado e Investigación, a la biblioteca de la Universidad, para que se haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la misma.

Asimismo, manifiesto mi acuerdo en que se utilice como material productivo, dentro del Reglamento de Ciencias y Tecnología, siempre y cuando esta utilización no suponga ganancias económicas ni potenciales.

También cedo a la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, los derechos de publicación de esta tesis, o parte de ella; manteniendo mis derechos de autor, hasta un periodo de treinta meses después de su aprobación.

Sucre, febrero de 2024.

Carlos Eduardo Ortega Sivila

RESUMEN

La tesis que me permito presentar a consideración del tribunal examinador, ha sido formulada como: **BASES FILOSÓFICAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA JURÍDICO PENAL BOLIVIANO: DERECHO PENAL Y JUSTICIA**. Trabajo de investigación que ha sido dividido en cuatro capítulos:

CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO: LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL, que realiza un análisis doctrinal de los sujetos pasibles de imputación penal según el grado de intervención en el injusto jurídico penal. También se analizó doctrinalmente las principales categorías de la dogmática jurídico penal y las teorías que legitiman el sistema de sanciones recogidas en el artículo 25 del actual Código Penal Boliviano, Ley N° 1768. Aspecto que nos permite develar que en Bolivia no existe un Sistema Jurídico Penal coherente con las exigencias individuales, sociales, políticas y económicas propias de la realidad boliviana. Lo que existe es un Código Penal con base en una dogmática penal.

CAPÍTULO II MARCO CONTEXTUAL: EL PROCESO CONSTITUYENTE Y EL SURGIMIENTO DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, este capítulo está dedicado analizar los procesos políticos o ciclos de formación del Estado Plurinacional de Bolivia en base al análisis del proceso constituyente concretado en el año 2008, aspecto que nos remite a desentrañar el discurso del Derecho Penal boliviano republicano desde la promulgación del primer Código Penal boliviano de 1834, para develar cuál es el discurso del Derecho Penal en lo que va del Estado Plurinacional de Bolivia, demostrándose que existen continuidades en lo referente a la reconfiguración de prácticas propias de regímenes políticos autoritarios que antes de centrarse en la solución justa de los conflictos jurídico penales, lo que haces es instrumentalizar el Derecho Penal en desmedro del ejercicio de derechos individuales, sociales y colectivos. Por tanto, despierta el interés por construir un Sistema Jurídico Penal que racionalice el uso del poder punitivo del Estado.

El discurso del Derecho Penal republicano y del Derecho Penal Plurinacional, permite abordar dos cuestiones relacionadas a las formas de organización política que históricamente fueron criminalizadas dependiendo la conflictividad política del momento, me refiero a las

formas de organización política por fuera del Estado, como ser sindicatos, organizaciones obreras, etc. Como posibilidad de ejercicio de ciudadanía y ejercicios de derechos sociales e individuales, para concluir con el análisis del principio de responsabilidad personal para la construcción y aplicación del Derecho Penal boliviano, consistente en que la responsabilidad surge a partir de considerar el rostro del "otro" que trasciende culturas, etnias, sentimientos, estética, etc., y no de la mera infracción normativa.

CAPÍTULO III DIAGNÓSTICO: TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y NEOCONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA, en este capítulo, en lo fundamental, nos detenemos a considerar dos principios éticos fundamentales: "la vida humana" y uno "formal moral" consiste en la argumentación racional, cada uno determina al otro, para pensar en la posibilidad de un Derecho Penal como instrumento de transformación social. Luego, estos principios son contrastados con las teorías legitimantes de la sanción penal para introducirnos en las bases filosóficas de esas teorías.

El bricolaje argumental que surge del análisis de esos principios éticos universales, como son la vida humana misma y la argumentación racional, nos permite abordar los criterios de justicia que deben ser incorporados en el sistema de respuestas jurídico penales a tiempo de resolver el conflicto jurídico penal, es decir, hacer posible que la sanción considere a los sujetos primarios del conflicto y también a la sociedad en su conjunto.

Concluimos este capítulo sosteniendo que los criterios de justicia aplicables a las teorías de la sanción penal, no se refieren a "qué es la justicia", sino a "cómo se manifiesta la justicia" a tiempo de resolver un determinado y concreto conflicto jurídico penal.

CAPÍTULO IV PROPUESTA: PRINCIPIOS Y VALORES DEL NUEVO ORDEN SOCIAL: EL SENTIDO DEL DERECHO PENAL, en este capítulo, se aborda las bases teóricas contextuales de la propuesta de la tesis, para luego ingresar al análisis de los principios sustantivos del Derecho Penal liberal propios de un Estado Unitario Social de Derecho, para finalmente argumentar sobre los tipos de respuesta penal al conflicto jurídico penal, introduciendo principios racionales propios del nuevo orden constitucional boliviano con la finalidad de demostrar que estos principios, al recorrer todas las categorías de la

dogmática penal hasta el sistema de sanciones, permite que a tiempo de determinar una sanción penal se considere a los sujetos primarios del conflicto y a la sociedad en su conjunto. En suma, nos permite demostrar que una dogmática penal abierta a la realidad social boliviana altamente heterogénea, abigarrada y multisocietal, requiere de un Sistema Jurídico Penal que racionalice el uso del poder punitivo del Estado.

Finalmente, el trabajo plantea las conclusiones que validan la idea a defender en la tesis y plantea recomendaciones para encarar la construcción de un Sistema Jurídico Penal adecuado a la realidad social boliviana.

INTRODUCCIÓN

Los ciclos de varias movilizaciones sociales en Bolivia, desplegadas con mayor intensidad durante la última década del anterior siglo y los primeros años del presente siglo, que pusieron en crisis al Estado republicano, crearon la posibilidad de instalar la Asamblea Constituyente el año 2008 y a través de ella plantear la reconstitución de país que reconozca la pluralidad de formas sociales de organización que se sintetizó en la idea de un Estado Plurinacional Comunitario, que sería lo nuevo y novedoso, aspecto que se logró sea reconocido en el artículo 2 de la Constitución Política del Estado, que en nuestra consideración es el más radical de todas las constituciones del mundo por su radical reconocimiento de igualdad; abriéndose así un horizonte político de posibilidad para proyectar una alternativa de construir una sociedad mucho más justa y con plena justicia social. Sin embargo, lo que ha ocurrido en lo que va del Estado Plurinacional Comunitario, es que esa posibilidad política de constitución de lo nevo y novedoso reconocido formalmente en la Constitución, no ha logrado su despliegue y desarrollo, reconstituyéndose más bien las estructuras y prácticas políticas de formas de gobierno anteriormente vigentes en Bolivia: dictatoriales, nacionalistas y neoliberales; incluso se han profundizado las formas clientelares y corruptas de relaciones sociales, creando las condiciones ideales para una acumulación económica por desposesión de la fuerza de trabajo en base a la idea patrimonialista del Estado; y, lo desgarrador del asunto, es que esta forma de acumulación por desposesión personalizada tiene víctimas directas de carne y hueso, acciones que se encuentran legitimadas por su naturalización, y, además, cubierta legalmente.

Uno de los factores limitantes para la construcción, despliegue y desarrollo de una sociedad mucho más justa y con plena justicia social, en el marco del nuevo constitucionalismo boliviano, es que se sigue pensando en las jerarquías constitucionales y no en la construcción de proyectos civilizatorios; es decir, se sigue manteniendo la idea de que habría un núcleo universal de derecho positivo, por tanto, la forma de resolver los conflictos sociales de naturaleza jurídico penal, es precisamente a través del orden lógico de las normas jurídicas preestablecidas, sin tomar en cuenta criterios de justicia aplicables al caso concreto en

consideración directa de los sujetos primarios del conflicto jurídico penal y en relación a la sociedad en su conjunto.

De ahí que, en la presente investigación, el tema central de estudio esté constituido por el análisis de las categorías dogmáticas jurídicos penales en su relación lógica con las teorías de la pena y los principios constitucionales del nuevo paradigma del vivir bien en su componente de justicia que pone en crisis la práctica del Derecho Penal, con relación al conflicto jurídico penal y su solución frente a los sujetos primarios del mismo y a la sociedad en su conjunto.

La solución de los conflictos sociales, en específico los conflictos criminalizados, a través de las categorías dogmáticas propias de la teoría del delito en su relación lógica con las teorías de la pena, permite montar un sistema de imputación con base en la libertad formal, mostrando de esta manera un sistema coherente adecuado para garantizar los derechos personales, criterio emparentado directamente con el principio de Estado de Derecho, que no es otra cosa que el respeto absoluto a la ley y sometimiento absoluto a la ley, impidiendo develar que este sistema de imputación, si bien tiene capacidad para asegurar el ejercicio de derechos, también se constituye en un instrumento de dominación y violencia estatal para mantener el statu quo social como condición para reproducir desigualdades sociales que se llegan a aceptar porque se crea y recrea la idea de que un mundo fuera del orden jurídico preestablecido no es posible. De ahí que, independientemente del tipo de Estado y la forma de gobierno reconocido formalmente en la actual Constitución Política del Estado, el tipo de régimen político que puede desplegar cualquier gobierno legalmente constituido, puede bifurcar en formas perversas de dominación y/o cooptación de instituciones democráticas en desmedro de las dignidades personales y derechos colectivos como comunitarios. De ahí que, en la presente investigación, también se discuta la necesidad de anclar al sistema de imputación jurídico penal criterios de justicia con base a principios racionales propios del nuevo constitucionalismo boliviano en relación a la consideración de lo previamente descrito como conducta delictiva por la ley y en consideración a la naturaleza de las acciones u omisiones y a la naturaleza del bien jurídico penalmente protegido, para resolver conflictos jurídico penales y con la finalidad de racionalizar el uso del poder punitivo del Estado.

I.- JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo de investigación se justifica porque el Estado, si bien tiene el monopolio de la vida política, en sociedades como la boliviana, altamente abigarrada o multisocietal, su institucionalidad resulta ser débil para responder a las diversas necesidades colectivas e individuales, de ahí que experimentemos un alto grado de conflictividad social que por lo general es respondida con instrumentos represivos, y, uno de ellos, resulta ser el poder punitivo con el que cuenta. Por tanto, existe la necesidad de racionalizar el uso del poder punitivo del Estado como medio para resolver los conflictos jurídico penales. En este sentido, si bien el Derecho Penal moderno está cimentado en ciertos principios liberales propios de un Estado Social Democrático de Derecho, tal como se reconoce en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado, no obstante, estos principios están pensados para estados – nación con un grado de homogeneidad que les permite asimilar los conflictos jurídicos y su solución, desde una visión mucho más análoga a su base social constitutiva.

Del mismo modo, el trabajo que se pone a consideración del mundo del Derecho, se encuentra plenamente justificado, porque las categorías de la dogmática penal en su relación lógica con las teorías de la sanción penal, montados sobre criterios de seguridad y coherencia, se constituyen para el jurista en instrumentos que les permite aplicar las normas jurídicas penales de manera lógica deductiva, es decir, se consideran a las normas positivas en base a un principio de corrección por el solo hecho de estar puestas y vigentes, cuya aplicación y resultado en el contexto de un conflicto jurídico penal, se entiende ser justa la solución resultante de esa logicidad de corrección. Sin embargo, esa lógica de pensamiento, a lo largo de la construcción teórica de la dogmática penal y de las teorías de la pena, nunca tomaron en cuenta a los sujetos primarios del conflicto jurídico penal para pensar la respuesta jurídica penal adecuada a los intereses de esos sujetos del conflicto. Dicho de otro modo, el Estado siempre a monopolizado la solución de los conflictos jurídicos penales en desmedro de los intereses reales de los miembros de una determinada sociedad.

El criterio lógico deductivo con el que opera la administración de justicia penal y la pretensión de corrección de las normas jurídicas penales en su aplicación deductiva, impidió

históricamente incluir criterios de justicia en la praxis resolutiva del Derecho Penal. Precisamente, en el presente trabajo de investigación, lo que se propone es construir un Sistema Jurídico Penal en el marco del nuevo paradigma del constitucionalismo boliviano para empujar una nueva dogmática penal abierta a diferentes soluciones del conflicto jurídico penal, y que tenga como eje: criterios de justicia con base en principios racionales propios del nuevo constitucionalismo boliviano en relación a la consideración de lo previamente descrito como conducta delictiva por la ley y en consideración a la naturaleza de las acciones u omisiones y a la naturaleza del bien jurídico penalmente protegido.

Finalmente, la presente tesis encuentra total justificación porque resulta que el Estado Plurinacional de Bolivia, no existe un Sistema Jurídico Penal, sino un Código Penal que opera en base a los postulados de la dogmática jurídico penal.

II.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

El problema de investigación es el siguiente:

Frente a un conflicto jurídico pena, las categorías de la dogmática jurídico penal en su relación lógica con las teorías de la pena, no son suficientes y no responden a la realidad económica, política, social boliviana y personal de los sujetos en conflicto, por lo que resulta necesario introducir criterios de racionalización del poder punitivo en el marco del paradigma del vivir bien del constitucionalismo boliviano.

III.- OBJETO DE ESTUDIO

Las categorías de la dogmática jurídico penal en su relación lógica con las teorías de la pena y los principios constitucionales del nuevo paradigma del vivir bien en su componente de justicia que pone en cuestión la práctica del Derecho Penal, con relación al conflicto jurídico penal y su solución.

IV.- CAMPO DE ACCIÓN

Abordaje del objeto de estudio desde los criterios de justicia para la solución justa del conflicto jurídico penal que involucra al autor del hecho, a la víctima y a la sociedad en su

conjunto, en el marco del constitucionalismo axiomático sustentada en Bolivia en los valores de orientación del paradigma del vivir bien, los principios ético-morales que debe promover la sociedad plural boliviana.

V.- OBJETIVOS

5.1.- Objetivo General

Analizar y explicar la solución del conflicto jurídico penal desde los principios de justicia en el marco del paradigma del vivir bien del constitucionalismo actual boliviano.

5.2.- Objetivos específicos

- Analizar y comprender los antecedentes teóricos, las principales corrientes del derecho y las fuentes filosóficas de las categorías dogmáticas de la teoría del delito en su relación lógica con las teorías de la pena.

- Delimitar y determinar el contexto de la politización de la sociedad como condición de surgimiento de las normas formales y materiales jurídico penales del Derecho penal boliviano.

- Abordar el objeto de estudio considerando el conflicto jurídico penal desde las relaciones sociales, económicas y políticas de la sociedad boliviana altamente heterogénea.

- Explicar, comprender y proponer los principios filosófico dogmáticos de la propuesta teórica de solución justa del conflicto jurídico penal en el marco del paradigma del vivir bien del constitucionalismo actual boliviano.

VI.- IDEA A DEFENDER

La solución justa del conflicto jurídico penal se explica desde los principios filosófico dogmáticos y criterios de justica en el marco del paradigma del vivir bien del constitucionalismo actual boliviano.

VII.- APORTE TEÓRICO

Los resultados de la presente investigación, en el ámbito de la teoría del Derecho, en el campo específico de la realidad boliviana, contribuyen a develar los contenidos subyacentes del formalismo jurídico, positivismo jurídico, normativismo jurídico en el Derecho Penal boliviano y a su vez identificar sus aportes en la explicación del conflicto jurídico penal y a su vez las insuficiencias de sus constructos teóricos del Estado Plurinacional y el pluralismo jurídico, referentes teóricos que la presente investigación identifica dentro de lo más relevante en el influjo del pluralismo jurídico y el paradigma del vivir bien tales como el formalismo jurídico, el realismo jurídico, el normativismo, el ius naturalismo y el neoconstitucionalismo.

Es aporte teórico fundamental de esta investigación, los resultados obtenidos de los que emergen la propuesta filosófico dogmática de la sanción penal justa del conflicto jurídico penal como tipo relacional que involucra al autor del hecho, a la víctima y a la sociedad en su conjunto.

VIII.- SIGNIFICACIÓN PRÁCTICA

La presente investigación pretende incidir, a través de sus resultados, en el rediseño de los Planes de Estudio en las unidades académicas universitarias destinadas a la formación de juristas, científicos políticos y sociólogos del Derecho en el campo de conocimiento del Derecho penal.

Y en una futura investigación proponer las bases de un sistema jurídico penal propio del Estado Plurinacional de Bolivia que incida en la práctica del Derecho.

Se contribuye también en la aprehensión de las bases fundamentales de la comprensión del conflicto jurídico penal en el Estado plurinacional y el pluralismo jurídico.

La investigación busca hacer posible también que estudiantes, juristas, científicos políticos y sociólogos jurídicos puedan realizar una interpretación y análisis del orden jurídico-político pluralista boliviano, no sólo desde una perspectiva dogmática desde la filosofía justicia del Derecho penal.

IX.- ACTUALIDAD

La actualidad del tema emerge del hecho evidente de que el proceso postconstituyente del Estado plurinacional de Bolivia y el pluralismo jurídico es una realidad objetiva; realidad objetiva que se expresa en el hecho de la necesidad de Propuestas filosófico dogmáticas de la sanción penal justa del conflicto jurídico penal en el marco del paradigma del vivir bien del constitucionalismo boliviano.

X.- NOVEDAD

En el ámbito de la interpretación y aplicación del Derecho a partir de sus fundamentos, en tanto sentido de legalidad y justicia, como novedad la investigación propone la solución del conflicto penal desde la filosofía de la justicia y la dogmática jurídico penal. En el marco del paradigma del vivir bien del constitucionalismo actual boliviano.

XI.- PERTINENCIA SOCIAL

La pertinencia social de la presente investigación emerge de la contrastación y comprobación del denominado estado de la cuestión, proceso en el que se verificó que las elaboraciones teóricas que justifican o critican el fenómeno penal son insuficientes para explicar el conflicto jurídico penal y sus formas de solución en el marco del paradigma del vivir bien del constitucionalismo boliviano de la época del pluralismo jurídico.

XII.- ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación es CUALITATIVA y, por tanto, es descriptiva, analítica y propositivo-sintética.

XIII.- MÉTODOS Y TÉCNICAS

Se utilizaron los métodos y técnicas pertinentes para alcanzar los objetivos propuestos en la consideración de cada una de las partes que conforman la presente investigación, tomando en cuenta que la investigación asume un enfoque filosófico dogmático.

13.1.- Métodos:

Se debe partir por aclarar que la interpretación, explicación y comprensión del objeto de estudio de la investigación o su acercamiento o tratamiento epistemológico, que en lo específico es el conflicto jurídico penal como hecho que pone en cuestión la forma de vida del estado social de derecho plurinacional de Bolivia las esferas de actuación, los campos de conocimiento y las metas cognoscitivas se abordan desde la Ciencia del Derecho admitida por su comunidad científica internacional son: La filosofía del Derecho, la Sociología del Derecho y la Dogmática Jurídica, la investigación las aborda también como una integralidad.

Se utilizaron los métodos y técnicas pertinentes para alcanzar los objetivos propuestos en la consideración de cada una de las partes que conforman la presente investigación, tomando en cuenta que la misma se encuentra diseñada sobre una base fenoménica categorial y su estudio se aborda desde las metas cognoscitivas de la Filosofía del Derecho asumiendo el paradigma interpretativo. Los métodos de la investigación emergen de su diseño y se estructuran de manera general del siguiente modo:

13.1.1.- Métodos teóricos:

Método dialéctico

A partir de la interrogante científica o formulación del problema científico, la investigación asume la mutua interdependencia y unidad entre los siguientes fenómenos concebidos como unidades dialécticas y contradictorias:

La categoría conflicto jurídico penal como hecho que pone en cuestión la forma de vida del estado social de derecho plurinacional de Bolivia.

La sanción penal justa del conflicto jurídico penal como tipo relacional que involucra al autor del hecho, a la víctima y a la sociedad en su conjunto.

Método teórico-jurídico

Por medio de este método se pretende obtener un adecuado basamento teórico conceptual acerca de la categoría conflicto jurídico penal y la sanción penal justa del conflicto jurídico penal como tipo relacional que involucra al autor del hecho, a la víctima y a la sociedad en su conjunto.

Método de análisis del discurso

Por medio del cual se considerará el cuerpo teórico desarrollado por el constructivismo jurídico acerca de la categoría conflicto jurídico penal y la sanción penal justa del conflicto jurídico penal como tipo relacional que involucra al autor del hecho, a la víctima y a la sociedad en su conjunto buscando develar lo que formalmente expresa y lo que contiene como sentido de esencia.

Método de análisis histórico

En el análisis del contexto boliviano en su propia especificidad, el método histórico contribuirá a entender el contenido de la categoría conflicto jurídico penal y la sanción penal justa del conflicto jurídico penal como tipo relacional que involucra al autor del hecho, a la víctima y a la sociedad en su conjunto desde su devenir histórico, para posibilitar su entendimiento en el marco contextual específico del constitucionalismo boliviano de la época del pluralismo jurídico emergente del último proceso constituyente del país.

Método exegético y dogmático

En torno al objeto y campo de acción de la investigación, este método fue aplicado para verificar la relación de correspondencia entre las bases contextuales de configuración del paradigma del vivir bien y su expresión jurídica establecida en el texto constitucional. Es decir, que si lo exegético posibilita determinar el sentido y alcance de la norma, esta será analizada en el marco de la institución de la que forma parte, institución identificada por medio del método dogmático, de donde se tiene que el sentido de la institución

correspondiente será analizada de cara a los principios y valores contenidos en la constitución.

Métodos de interpretación socio-política del discurso constitucional

Buscando guardar rigurosidad metodológica en la interpretación de parte del texto constitucional, se tomará en cuenta procedimientos de interpretación propios de esta disciplina, sobre cuya base se establecerá su relación con las condiciones objetivas de carácter social de donde devienen las categorías sanción penal justa en el conflicto jurídico penal como tipo relacional que involucra al autor del hecho, a la víctima y a la sociedad en su conjunto y el paradigma del vivir bien en el texto constitucional.

13.1.2.- Técnicas:

Revisión bibliográfica.- Discriminación entre fuentes potenciales y fuentes efectivas, acopio de información y selección en correspondencia con la parte en que fuere de utilidad pertinente.

Análisis de contenido.- De los cuerpos teóricos a considerarse.

Revisión documental.- Análisis de contenido del texto constitucional en lo que se refiere al objeto de estudio de la presente investigación.

Observación.- De los principales acontecimientos sociales en el devenir histórico y coyuntural boliviano que se considera de fuerte connotación en la configuración de soberanía.

Comparación de información.- La información obtenida correspondiente a distintos ámbitos, por medio de la relación comparativa posibilitar percibirlo en su expresión condensada bajo la forma jurídica.

Procesamiento de la información.- La información acopiada, será procesada identificando los objetos a los cuales corresponde, la contradicción que contiene dicho objeto y su manifestación cualitativa en tanto resultado obtenido.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO
LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

Cuando surge un hecho con entidad penal; es decir, una acción que reviste carácter delictivo, inmediatamente nos preguntamos quién fue el causante de ese hecho, quien realizó la acción típica y quienes tomaron parte en ese hecho delictivo de diversa forma a la del autor. Nótese entonces que una cosa es realizar la acción típica (autor) y otra muy distinta es tomar parte en esa acción de una u otra forma (partícipe). De esta manera, siguiendo a Bacigalupo, podríamos afirmar que la teoría de la autoría y la participación tiene la finalidad de diferenciar en el nivel de la tipicidad diversas formas de participación de más de una persona en un hecho punible.

Bajo este contexto, el Título II, Capítulo III del Código Penal aparentemente daría lugar a equívocos, ya que bajo la denominación de "Participación Criminal" engloba la autoría, la instigación y la complicidad. Pero ello no significa que nuestro Código Penal haya unificado las formas de participación, pues considero que el legislador boliviano se ha inclinado por un criterio diferenciador de las formas de participación. En este entendido el artículo 20 del Código Penal establece claramente quienes son autores directos, coautores, autor mediato y hasta la cooperación necesaria y, los artículos 22 y 23 describe al instigador y al cómplice como partícipes del delito. De igual manera el artículo 24 distingue al partícipe desde el punto de vista de la incomunicabilidad. Así, Bacigalupo sostiene que en la actualidad "…es dominante el *concepto restrictivo de autor*, que parte de la idea de que los tipos de la Parte Especial sólo describen el comportamiento del autor. Consecuentemente, la responsabilidad de los partícipes en el hecho cometido por el autor se caracteriza como *"causas de extensión de la punibilidad"*. En este marco, las teorías de la autoría y la participación tienen una función diferente: deben caracterizar la figura nuclear del suceso (el autor) y además describir

los fundamentos que permitan una extensión de la punibilidad a personas que no han realizado acciones de autoría, sino, simplemente, tomado parte en el hecho del autor."[1]

1.1.- Teorías sobre la autoría y participación criminal

Bajo etas consideraciones, es necesario entonces estudiar las teorías que dan mérito a la discusión sobre la autoría y participación.

1.1.1.- Teoría unitaria

Esta teoría sostiene que son autores todos los que intervienen en el hecho delictivo, independientemente de la forma de colaboración y aportación al hecho que realizan los distintos partícipes del delito. En otras palabras, no hace ninguna diferenciación entre autor, cómplice e instigador. Por ejemplo si el sujeto A entrega un arma al sujeto B y éste mata al sujeto C, los sujetos A y B serán atores del delito de asesinato sin importar los distintos aportes de ambos ya sea en el plano objetivo o subjetivo, bastará simplemente una conexión causal con el hecho central.

La doctrina dominante sostiene que esta teoría tiene sustento en la teoría de la equivalencia de condiciones expresada por Maximiliano Von Buri, según la cual todas las condiciones son eficaces y, la suma de todas ellas causa el resultado, pero si falta alguna de las condiciones, el resultado no se produce. En el ejemplo propuesto, diríamos que si no se hubiese entregado el arma no se hubiera producido la muerte de C.

Como se dijo a tiempo de estudiar la teoría de la acción, la teoría de la equivalencia, operaba para determinar la condicionalidad de una acción para un resultado, con la llamada fórmula de la *conditio sine qua non*: si suprimido in mente el comportamiento, el resultado

[1] Bacigalupo, Enrique, ***Derecho Penal Parte General***, 2° edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 488.

desaparecería, entonces aquél habría sido condición de este; en cambio, si al suprimir el comportamiento el resultado no desaparecía, no existía relación de causalidad.

Recurriendo a la parte especial de nuestro Código Penal, podríamos decir que esta teoría es poca satisfactoria a tiempo de resolver imponer una pena. Así por ejemplo el primer párrafo del Art. 173 del Código Penal establece que: "La jueza o el juez, que en el ejercicio de sus funciones dictare resoluciones manifiestamente contrarias a la ley, será sancionado con privación de libertad de cinco a diez años.". Acogiendo la teoría unitaria, podríamos decir que, si el secretario del Juez colabora de algún modo para que el Juez en el ejercicio de sus funciones dicte resoluciones contrarias a la ley, tendríamos que afirmar que la secretaria es también autora del delito de prevaricación y por tanto le corresponde también la misma sanción que a la del Juez. Sin embargo, nótese que el delito de prevaricato es un tipo penal especial o de los llamados propios, porque solo puede ser cometido por el Juez o por quien ejerce funciones análogas conforme a la descripción del supuesto de hecho. Por ello, el secretario de un juzgado al no ser Juez, jamás podrá dictar una resolución contraria a la ley. Por este motivo, a lo sumo a la secretaria solo se le podría imputar el hecho en grado de complicidad o de instigación, pero no de autoría por no reunir los requisitos objetivos del tipo penal. De otro modo se afectaría la función de garantía de los tipos penales y por ende el principio de legalidad.

Finalmente, nuestra Ley penal también rechaza esta teoría porque el artículo 13 establece que "la culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena". Es decir, que, a los efectos de la sanción, se debe estar al principio de reprochabilidad y no al mero resultado producto de una determinada condición preestablecida. Es bueno acotar que en el contexto en el que surgió esta teoría, se consideraba al dolo y a la culpa como especies de la culpabilidad, pero ahora como vimos a tiempo de analizar el tipo penal, estos – dolo y culpa- son elementos que deben ser analizados a nivel de tipicidad.

No está por demás recordar la incomunicabilidad establecida en el artículo 24 del Código Penal, lo cual significa que la graduación de la pena no es una actividad derivada exclusivamente del juez, es decir no es una decisión judicial sino por el contrario esta deriva

de la ley, es decir, que la graduación de la pena debe ser legal y no judicial, reafirmando de esta manera el principio de legalidad. A más abundamiento, los artículos 20, 22 y 23 hacen las correspondientes diferencias.

En palabras de Donna "Se puede considerar autor a cualquier sujeto que haya cooperado de algún modo en el hecho, sin hacer ningún tipo de diferenciación entre los distintos aportes de los intervinientes."[2]

1.1.2.- Teorías diferenciadoras

Destaca la *teoría subjetiva*, según la cual será "autor el que actúa con animus auctoris, y partícipe, el que lo haga animus socii"[3]. Postulado que surge en contraposición a la teoría unitaria, ya que se sostiene que desde el plano objetivo no se pude llegar a diferenciar las intervenciones de los distintos sujetos (autores y partícipes). Analizando el postulado, se podría decir que el partícipe está subordinado a la decisión del autor. En otras palabras, si el sujeto A quiere matar al sujeto B y entrega un arma al sujeto C y este dispara matando a B, según esta teoría, el sujeto A tendría que ser autor porque el sujeto C no quiere el hecho como suyo pues simplemente ha actuado subordinado a la decisión del primero.

Los ejemplos que pone Zaffaroni, a tiempo de afirmar que el criterio subjetivo fue usado por la jurisprudencia alemana, son aún más ilustrativos: un sicario entrenado en un país extranjero, a quien se enviaba para matar con una pistola de gas venenoso a asilados croatas, no era autor, porque no quería el hecho como suyo, sino que el interés por el resultado provenía de la potencia que le enviaba; se ha afirmado que la hermana de la parturienta que por indicación de ésta –postrada y carente de fuerzas- ahogó al recién nacido en la bañera, no era autora, sino cómplice, porque no quería el hecho como suyo ni tenía interés en el resultado para sí misma. Concluye, que la observación más superficial indica lo insostenible

---

[2] Donna, Edgardo Alberto, ***La autoría y la Participación Criminal***, 2° edición, Rubinzal – Culzoni, 2002, p. 13.
[3] Díaz y García Conlledo, Miguel, ***La autoría en Derecho Penal***, Ed. PPU, Barcelona, 1991, p. 295.

de esta posición[4]. Surgiendo de esta manera la teoría del interés. Es decir, que quien mandó a matar a los asilados croatas y quien pidió que ahogara al niño, son autores, porque tenían interés.

Por otra parte, la teoría del dolo, defendida por Von Buri, quien afirmaba que "lo distinto del autor con respecto al partícipe sólo cabe individualizarlo en la independencia de la voluntad de autor y en la dependencia del partícipe. El partícipe quiere el resultado, sólo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere, tampoco él. La decisión de si el resultado se va a producir o no debe, pues, dejarla a criterio del autor"[5]. En otras palabras, si el autor realiza un hecho no querido, el partícipe aun haya colaborado en ese hecho, no será sancionado, pues este aspecto está subordinado a la decisión final del autor.

El último párrafo del Art. 257 del Código Penal establece que: "Aunque hubiera mediado consentimiento de la víctima en el doble suicidio, se impondrá al sobreviviente la pena de reclusión de dos a seis años". Adecuando las consideraciones de la teoría subjetiva al tipo penal descrito, podríamos afirmar qué si A ruega a B a matarlo, se consideraría autor a la víctima y partícipe al sujeto que intenta dar muerte, aspecto que nos lleva a sostener que esta teoría no se adecua a las soluciones que se debe dar a la parte especial del Código Penal.

1.1.3.- La teoría formal objetiva

Esta teoría se sustenta en la teoría causal de la acción. Y es dominante el criterio doctrinal de que se considera autor a quien ejecuta personalmente la acción típica descrita en los tipos penales de la parte especial, concurriendo todos los elementos del tipo: personales, objetivos y subjetivos. Quien se apodera ilegítimamente de una cosa, quien mata, quien lesiona a otra persona, etc. Será autor de los delitos de hurto, robo, asesinato y lesiones.

---

[4] Eugenio Raúl, Zaffaroni, ***Manual de Derecho Penal Parte General***, EDIAR, Buenos Aires, Argentina,1999, p. 571.
[5] Ob. Cit. Donna, La Autoría y la Participación Criminal, p. 19.

Pero surgiría un problema material, si A planifica y dirige un asalto y los sujetos B, C, y D ejecutan el plan diseñado, estos serían autores y A simplemente partícipe.

1.1.4.- Teorías objetivo materiales

Zaffaroni sostiene que "quienes conciben al tipo en forma objetiva, es decir, como la causación de un resultado, no queda otra alternativa que buscar una limitación a la relevancia penal de la causalidad, porque si tomasen en cuenta la causalidad tal cual se da (como categoría del ser), sería típica la conducta de engendrar a un homicida o la del constructor del hotel en que se comete el adulterio y, en definitiva, la tipicidad de todas las conductas recaería sobre Adán y Eva, pues el pecado original causa todos los delitos."[6]. En este sentido sostiene que si suponemos que nunca hubiese engendrado un hijo el padre y la madre del homicida, desaparecería el resultado muerte; si no hubiese habido hotel no se hubiese podido cometer adulterio en él.

Sin embargo, Zaffaroni también sostiene que dentro de una teoría del tipo concebida con un aspecto objetivo y uno subjetivo, la causalidad pude ser admitida conforme a su realidad, porque no cierra por sí sola el juicio de tipicidad. Entonces si A entrega un arma a B y este comete asesinato, se tendría que averiguar cual la voluntad y fin de A, porque según Bacigalupo citado por el mismo Zaffaroni: "sólo es relevante la causalidad material dirigida por la voluntad de acuerdo a un fin".

1.1.5.- Teoría del dominio del hecho

Según Bacigalupo, esta teoría "presupone una concepción de la relación de los partícipes con su mundo exterior que se diferencia básicamente de la que parten las otras teorías. La moderna teoría entiende que no se trata de la causación de efectos en el mundo exterior, sino de la realización de un fin, que es el resultado de una elección entre diversas alternativas y posibilidades de acción en relación al fin que el agente se propone. La concepción moderna

[6] Ob. Cit. Zaffaroni, Manual de Derecho Penal Parte General, p. 397.

del dominio del hecho ofrece diversas posibilidades de articulación teórica de los aspectos objetivos y subjetivos del comportamiento". Citando a Engisch, afirma que la fórmula más aceptada se expresa de la siguiente manera: "el dominio del hecho se debe manifestar en una configuración real del suceso y quien no sabe que tiene tal configuración real en sus manos carece del dominio del hecho"[7].

Con relación a la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, Bacigalupo citando a Roxin, sostiene que los delitos de infracción de deber se caracterizan porque la autoría de la realización del tipo penal no depende del dominio del hecho, sino de la infracción de un deber que incumbe al agente. Los delitos de infracción de debe, por lo tanto, se dan en tipos penales en los que la autoría se encuentra reducida a quienes les incumbe un determinado deber. Por lo tanto, en estos delitos de infracción de deber es factible que quien domina la acción no sea el autor ni tampoco el coautor, pues la autoría se define por la infracción del deber y no por el dominio del hecho; por ejemplo, el no funcionario documenta una constatación falsamente, que el funcionario competente para la expedición del documento conoce y autoriza: solo el funcionario es autor de un delito de falsedad documental, aunque no haya tenido el dominio del hecho en la confección del documento.

Concluye afirmando que en la teoría de los delitos de infracción de deber se refiere, en la formulación de Roxin, a los delitos especiales y a los delitos de omisión y tiene importantes consecuencias en lo referente a la accesoriedad, mientras en os delitos de dominio la participación requiere un autor principal que obre dolosamente, ello no es necesario en los delitos de infracción de deber, en los que el partícipe es quien participa sin lesionar un deber especial, aunque el autor haya obrado sin dolo[8].

Zaffaroni destaca que el criterio del dominio del hecho se rige por aspectos tanto objetivos como subjetivos, puesto que el señorío del autor sobre el curso del hecho lo proporciona tanto

[7] Ob. Cit. Bacigalupo, ***Derecho Penal Parte General***, p. 495.
[8] Ídem. P. 496 y 497.

la forma en que se desarrolla en cada saco la causalidad como la dirección que a la misma se le imprime, no debiendo confundirse con el dolo, porque dolo hay también en la participación (el cómplice y el instigador actúan con dolo), sin tener el dominio del hecho[9].

1.2.- La autoría

1.2.1.- Autoría directa

"La autoría directa (autoría inmediata unipersonal o individual) surge cuando el hecho es realizado personalmente, y de modo pleno, por un único sujeto y a él, en consecuencia, ha de atribuirse el delito en concepto de autor."[10]. Es decir, que no se necesita de otros, dado que un solo sujeto ha realizado la acción típica con dolo y han concurrido los elementos objetivos y subjetivos requeridos por el tipo.

1.2.2.- Coautoría.

Por definición general, la coautoría se da cuando varias personas realizan el hecho conjuntamente. Según Bacigalupo son "coautores los que toman parte en la ejecución del delito co–dominando el hecho"[11]. De esta manera, siguiendo a Lorenzo Salgado, las notas que caracterizan a la coautoría son: a) Que la comisión del hecho lo sea entre todos; b) Que se dé el requisito subjetivo, es decir, un plan o acuerdo común y; c) Que la aportación de los sujetos sea objetivamente esencial para el hecho[12].

En consecuencia, todos ellos realizan la acción típica con dolo, concurriendo además los elementos objetivos y subjetivos requeridos por el tipo. Sin embargo, como lo apunta

---

[9] Ob. Cit. Zaffaroni, Manual de Derecho Penal Parte General, p. 572.
[10] Lorenzo Salgado, José, ***Manual de Derecho Penal***, Editorial El Progreso, Buenos Aires - Argentina, 2007, p. 133.
[11] Ob. Cit. Bacigalupo, ***Derecho Penal Parte General***, p. 501.
[12] Ob. Cit. Lorenzo Salgado, ***Manual de Derecho Penal***, p. 143 y ss.

Bacigalupo, es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito.

Finalmente, conforme al texto del artículo 20 del Código Penal, serán coautores quienes co-dominan el hecho, desde la ejecución hasta la consumación, pues *"prestar una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse el hecho antijurídico doloso"*, decide sobre la consumación.

1.2.3.- Autoría mediata

"Autor mediato es el que, dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento) para la ejecución de la acción típica"[13]. En este caso, el autor mediato debe reunir todas las características especiales de la autoría, en la misma medida requerida para el autor inmediato. Por ejemplo, si A se sirve de B funcionario público para falsificar un documento, A también debe reunir la condición de funcionario público para que su conducta se adecue al segundo párrafo del tipo penal descrito en el artículo 199 del Código Penal, porque el autor mediato no realiza personalmente la acción ejecutiva, sino subordinando la voluntad de otro (instrumento). Sin embargo, cuando se habla de subordinación de la voluntad, no debe entenderse en la generalidad de los casos como fuerza física irresistible, ya que algún sector de la doctrina sostiene que este supuesto daría lugar simplemente a autoría directa.

Al respecto es ilustrativo el criterio de Donna al afirmar que "La autoría mediata es imposible en los delitos especiales. Como se sabe los delitos especiales son aquellos en los que sólo un grupo de sujetos pueden ser autores, de modo que no es criterio para delimitarlos la teoría del dominio del hecho y, por lo tanto, no es aplicable la autoría mediata. Las normas en estos casos se dirigen a ciertas personas, no así en el caso de la complicidad."[14]. Lo cual significa

---

[13] Ob. Cit. Bacigalupo, ***Derecho Penal Parte General***, p. 504.
[14] Ob. Cit. Donna, La Autoría y la Participación Criminal, p. 48.

en estos delitos, si bien no pude darse autoría mediata; sin embargo, es posible la participación. En el ejemplo propuesto el sujeto A sería instigador o cómplice.

Así Gimbernat Ordeig citado por Donna resume esta postura afirmando que: "Como un elemento personalísimo del tipo aparece la pertenencia del autor a una determinada clase de personas, exigida en algunos tipos delictivos: la pertenencia a la clase de los funcionarios rige lo siguiente: es evidente que quien no pertenezca a esta clase (extraneus) no puede cumplir en absoluto el tipo en cuestión; con otras palabras: este requisito personal es intransmisible; no basta que se dé en la persona del "autor mediato" usado como instrumento. Si un extraneus utiliza a un funcionario como instrumento, no por ello se convierte aquél en autor mediato del delito especial, pues falta un elemento típico en el aspecto personal. Con la misma unanimidad con que se afirma que el extraneus no puede ser autor mediato de un delito especial, se defiende la tesis de que el intraneus (el funcionario, el pariente) puede ser un autor mediato aunque utilice un extraneus para realizar el delito. La única excepción se establece cuando el delito, además de ser especial, es también de propia mano"[15].

Por otra parte, el autor inmediato (el instrumento que realiza la acción ejecutiva) debe obrar bajo error o ignorancia para que de esta manera se configure la autoría mediata. Por ejemplo, que el sujeto A con dolo homicida le entregue un supuesto vaso de agua al sujeto B para que éste le dé su medicina al sujeto C, el sujeto B ignorando que el vaso con agua contiene veneno da de beber al sujeto C, quien muere al instante.

En los casos de coacción, Bacigalupo explica que la doctrina no es unánime, ya que el que actúa bajo coacción también lo hace con dolo, es decir, domina la acción y además pese a estar coaccionado tiene la posibilidad de obrar de otra manera, en estos casos se estará ante una simple inducción. Otro sector de la doctrina sostiene que se podrá estar ante una autoría

[15] Ídem. P. 82 y 83.

mediata, cuando el coaccionado, por la intensidad de la coacción pierda la última y relevante decisión sobre lo que ocurrirá.

Analizando lo expuesto, en la primera postura, entendemos que si el *obrar de otra manera* es un elemento de la culpabilidad y si pese a la coacción el sujeto coaccionado (instrumento) puede aún obrar de otra manera y no lo hace así, su conducta será reprochable por concurrir en ella los elementos de la culpabilidad. En cuanto a la segunda postura, simplemente se entiende que cuando la coacción es relevante hace desaparecer la reprochabilidad, consecuentemente estaremos ante autoría mediata.

Con relación a los inimputables y al que actúa bajo error de prohibición, no se observa mayor dificultad, ya que quien se sirve de un inimputable (enfermo mental art. 17 del Código Penal), para cometer un hecho delictivo, indudablemente es autor mediato porque el enfermo mental no pude dominar el hecho. Lo propio ocurre cuando el instrumento actúa bajo error invencible (art. 16-2 del Código Penal), porque el instrumento actúa sin conocimiento de antijuridicidad, es decir, no puede motivarse conforme a la norma.

Finalmente, el artículo 8 del Código Penal establece la tentativa y, esta se entiende como el principio de ejecución con medios idóneos e inequívocos. En el caso de autoría mediata, el criterio dominante se inclina en sostener que habrá tentativa cuando el sujeto de atrás actúa sobre el instrumento con medios idóneos e inequívocos sin esperarse a que el instrumento empiece la ejecución.

Con relación al desistimiento, habrá que remitirnos a la tentativa acabada de la no acabada; en el primer caso el autor deberá retroceder y en el segundo no deberá continuar con su acción. Sin embargo para el caso que nos ocupa ello no basta, pues el autor mediato debe posibilitar la evitación de la consumación del delito por parte del instrumento. Criterio que se adecua a los numerales 1 y 2 del artículo 9 del Código Penal.

1.3.- Formas de participación

El artículo 22 del Código Penal establece que *"Es instigador el que dolosamente determine a otro a la comisión de un hecho antijurídico doloso. Será sancionado con la pena prevista*

para el autor del delito". Y, el artículo 23 establece que *"Es cómplice el que dolosamente facilite o coopere a la ejecución del hecho antijurídico doloso, en tal forma que aún sin esa ayuda se habría cometido; y el que en virtud de promesas anteriores, preste asistencia o ayuda con posterioridad al hecho. Será sancionado con la pena prevista para el delito, atenuada conforme al Artículo 39."*.

La fórmula empleada, determinar a otro a la comisión de un hecho y facilitar o cooperar a la ejecución del hecho. Inmediatamente nos da la idea clara de que para que se determine a otro a la comisión de un hecho delictivo y, para que se facilite o coopere a la ejecución de un hecho delictivo, necesariamente debe existir un *hecho central* (delito) independiente de las acciones desplegadas por el instigador y el cómplice, ya que, el instigador y el cómplice, en la fórmula empleada no pueden tener el dominio *central del delito* sino solo colaborar o ayudar con el autor. Por ello, el castigo del partícipe depende de la existencia del autor que domina el hecho central. En otras palabras, no puede existir partícipe sin autor pero sí autor sin partícipe. Este criterio da lugar al fundamento de la extensión de la pena; ya que, la sanción del partícipe no se basa en un delito autónomo, sino en uno de referencia, es decir, en el cometido por el autor.

Por otra parte, la fórmula empleada por nuestro Código hace referencia sólo a un *hecho antijurídico doloso*, lo cual significa que sólo la participación dolosa es punible, siendo la imprudente impune. Es decir, no se puede determinar, facilitar o cooperar a la ejecución de un hecho antijurídico culposo.

De igual manera, según el último párrafo del artículo 24 del Código Penal, la participación de un extraneus en un delito especial propio es posible, al partícipe le puede ser aplicada la pena del intraneus conforme al artículo 39.

Con relación a la tentativa, si el autor no ha consumado el hecho quedándose en fase de tentativa, el partícipe responde solo en esta medida. Habrá desistimiento solo si el partícipe evita la consumación del hecho.

Siguiendo a Lorenzo Salgado, dos son las concepciones que tratan de explicar el fundamento del castigo de la participación: a) Las teorías de la *corrupción o de la culpabilidad* ponen el acento en el carácter corruptor del acto del partícipe respecto del autor o en fomento de la culpabilidad de éste. Pero afirma que tales teorías son hoy rechazadas, porque la corrupción moral no interesa al Derecho penal y que la mayor o menor culpabilidad del autor, o incluso la ausencia de ésta, no puede determinar la responsabilidad del partícipe. b) Las teorías de la *causación o del favorecimiento* gozan en la actualidad, por ello, de amplia aceptación: el castigo del partícipe únicamente puede fundamentarse en que su actuación introduce una condición causal o favorece la lesión o puesta en peligro no justificada de un bien jurídico por parte del autor[16].

Considero que el criterio expuesto por Lorenzo Salgado es el correcto en virtud del artículo 24 del Código Penal, ya que solo se exige que el hecho principal sea típico y antijurídico. En otras palabras, la culpabilidad es siempre individual.

1.3.1.- Complicidad

En principio, un sector de la doctrina penal, considera que la cooperación necesaria en sentido general es una forma de complicidad y, se reconoce una complicidad en sentido estricto; es decir habría una distinción entre el cooperador necesario y el cómplice.

Sin embargo el artículo 20 de nuestro Código Penal reconoce como autores a *los que dolosamente prestan una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse el hecho antijurídico doloso*. Y a continuación el artículo 23 establece la complicidad en sentido estricto. Entonces la diferencia vendría dada en que en la cooperación necesaria el aporte es necesario sin el cual el delito no hubiera podido cometerse y en la complicidad el aporte no es indispensable ya que sin ella igual se habría cometido.

---

[16] Ob. Cit. Lorenzo Salgado, ***Manual de Derecho Penal***, Pp. 145 y 146.

Considero que en la forma como está legislada la cooperación necesaria y la complicidad en nuestro Código, no es tan necesario ingresar a esta discusión. En este entendido, el artículo 23 es claro en reconocer una complicidad primaria y secundaria. Es primaria cuando se facilita o coopera en la ejecución del hecho y es secundaria cuando en virtud de promesas anteriores, se presta asistencia o ayuda con posterioridad al hecho.

1.3.2.- Instigación

Donna afirma que lo que define a la inducción es la libertad del autor o sujeto inducido, de manera que la decisión tomada por el propio autor elimina la posibilidad de otro autor detrás de él. Si el inductor toma las riendas del hecho, pasará a ser coautor o autor. Continúa manifestando, que no hay que olvidar la dependencia global de la inducción al hecho principal, de modo que el inductor deberá responder por el hecho del autor, que ha sido por él inducido a la comisión del delito.

En otras palabras, el instigador *determina* a otro a la comisión del hecho delictivo, *ejerciendo influencia* sobre el *comportamiento libre* del ejecutor del delito y, a causa de esta influencia el instigado se decide *voluntariamente* ejecutar el hecho por sí mismo, eliminando la posibilidad de considerar a otro autor. Quedando en consecuencia el instigador como partícipe, ya que si toma las *riendas del hecho* ya no será partícipe en grado de instigación sino autor o coautor. Por este motivo el artículo 22 del Código Penal sanciona al instigador con la pena prevista para el autor del delito.

Entre otras características podemos decir que la inducción se debe ser realizada a través de una influencia psíquica, directa, eficaz y con dolo directo o eventual. Con relación a la fuerza, sea esta fuerza física irresistible o fuerza intimidatoria, la doctrina se ha inclinado en establecer que ella no da lugar a instigación ya que el coaccionado por esta actúa en ausencia de acción.

Finalmente, en cuanto al exceso cuantitativo, se ha dicho que el inductor no responde por el plus, esto se da generalmente en los tipos penales base de los cuales derivan una agravante,

por ejemplo instigar a hurtar pero el instigado roba destruyendo las cosas. Lo propio ocurre con el exceso cualitativo, por ejemplo que se induzca a robar pero el inducido prefiere matar.

1.3.3.- Receptación y encubrimiento

Cabe aclarar que el encubrimiento está tipificado en el artículo 171 del Código Penal como delito contra la función judicial, por ello es un tipo penal autónomo del cual puede derivar autoría y participación.

1.3.4.- Aparatos de poder organizados

Los aparatos de poder organizados, como se dijo líneas arriba, para que se dé la autoría mediata es necesario que el instrumento actúe bajo error o ignorancia e inclusive bajo una cierta coacción. Sin embargo, Roxin, revisando los expedientes del juicio de Nuremberg, sostiene que puede darse autoría mediata aun cuando no concurra coacción, error o ignorancia en el ejecutor.

Este caso se daría cuando existen aparatos de poder organizados destinados a cometer delitos, como por ejemplo un Estado dictatorial o mafias organizadas, en las cuales operan autoridades competentes impartiendo órdenes sobre los ejecutores, que a diferencia del concepto general de coautoría mediata, los ejecutores actúan de manera libre e inclusive tienen la posibilidad de apartarse de dichas órdenes.

Si se acepta la posición de que los ejecutores actúan de manera libre e inclusive tienen la posibilidad de apartarse de las órdenes de los sujetos que detentan el poder, se estaría aceptando la punibilidad del ejecutor inmediato, aspecto que no sería discutido, pues quien ejecuta un hecho de manera libre es también autor. Pero Roxin aclara que el hecho de que el ejecutor inmediato actúe de manera libre, es irrelevante, ya que éste se reduce a una figura cambiable funcional del aparato de poder, consiguientemente esta forma de autoría mediata radicaría en la fungibilidad del ejecutor. Por este motivo, se sostiene que no se requiere conocer al ejecutor a quien se da la orden, pues quien no obedece la orden es simplemente cambiado por quien se sabe que ejecutará la orden sin ningún problema.

Esta teoría es aceptada porque se sostiene que en delitos cometidos por organizaciones criminales, no bastan los conceptos corrientes de la dogmática penal sobre autoría, coautoría, participación, etc. Sin embargo es bueno también recordar que como toda teoría sustentable, también recibió críticas.

Como ejemplo, podríamos referirnos al exterminio de los judíos por parte de Hitler y sus estrechos colaboradores, para quienes la eliminación de todos los judíos era la solución final, para ello montaron un aparato de poder con esa finalidad. Así Adolf Eichman, director del Departamento Central para la Emigración judía, para localizar a los judíos que se encontraban en los países europeos ocupados, detenerlos y transportarlos a los campos de concentración y asesinarlos. Indudablemente esto no lo hizo solo, sin impartiendo órdenes a las tropas del Tercer Reich porque era voluntad del Fuhrer.

Baumann sostiene: si la orden llevase en todo caso a la complicidad del destinatario de la orden, Hitler sería el único autor de los *asesinatos de los grupos de choque*. Todos los demás que participaron en la ejecución de la orden del Fuhrer, incluso tal vez Himmler y los grandes del sistema nazi, serían únicamente cómplices: un autor y sesenta millones de cómplices; o: el pueblo alemán un pueblo de cómplices. Una idea sólo para pocos reconfortante, para el que esto escribe, una idea horrible[17].

Es conocido por todos que, en la ciudad de Sucre, el año 2007 se constituyó el denominado Comité Interinstitucional con la finalidad de reivindicar a Sucre como Capital Constitucional del Estado y Sede de los Poderes del Estado. Lamentablemente esta lucha, queramos o no aceptarlo, desencadenó en la comisión de una serie de hechos delictivos que dio lugar a que los miembros del Comité Interinstitucional sean acusados formalmente por varios delitos.

De un análisis de la Acusación Fiscal, sin el ánimo de sesgar la misma y con la finalidad solo de introducir un tema de debate actual, en partes sobresalientes del hecho fáctico motivo del

[17] Ob. Cit. Donna, La Autoría y la Participación Criminal, p. 63.

juicio oral, se dice que: en principio la finalidad del Comité Interinstitucional era la de insertar y ratificar la inscripción de la ciudad de Sucre en la nueva Constitución Política del Estado, como "Sucre Capital Constitucional del Estado y Sede de los Poderes del Estado". Pero alejándose de dicha finalidad, los miembros del Comité Interinstitucional acordaron medidas y acciones para evitar la llegada del Presidente de la República a los actos conmemorativos del 24 de mayo de 2008, entre ellas estaban las de organizar grupos de choque, determinaron e indujeron a grupos de estudiantes universitarios, empleados de instituciones públicas y población de Sucre, a organizarse para la resistencia a la llegada del Presidente de la República, el Comité Interinstitucional impartió instrucciones a grupos de estudiantes universitarios para evitar la llegada del Presidente. En suma, lo desencadenante de todo ello fue la vejación y torturas sufridas por campesinos, inclusive en plena plaza 25 de mayo.

Por estos hechos, los miembros del Comité Interinstitucional están siendo sometidos a juicio oral por los delitos de sedición, vejaciones y torturas entre otros, en grado de autoría conforme el artículo 20 del Código Penal.

Otro dato importante de la Acusación Fiscal, es que estos hechos supuestamente planificados con anticipación por los miembros del Comité Interinstitucional, fue en base a un orden jerárquico o grupos de mando: primer grupo de planificación; segundo grupo de organización y; tercer grupo de ejecución. Este dato es de sobre manera interesante, ya que en el primer grupo están los miembros del Comité Interinstitucional; es decir, no habrían organizado ni ejecutado, pero se les atribuye el hecho como autores.

Según lo analizado en el presente tema, considero que para que los miembros del Comité Interinstitucional puedan ser condenados como autores directos o coautores, en juicio se tendría que acreditar que ellos fueron los autores materiales de los hechos con dominio total del hecho con o sin la intervención de partícipes, concurriendo en ellos los aspectos objetivos y subjetivos de los tipos penales acusados. Como partícipes (cómplices o instigadores), pero siempre que la acusación demuestre quienes son los autores, pues recordemos que la

punibilidad de los partícipes depende de la punibilidad del autor, aspecto que deriva del criterio de extensión de la punibilidad.

Así como está estructura la acusación, no creo que ello pueda ser posible, ya que los miembros del Comité Interinstitucional están comprendidos en el grupo de planificadores.

Conforme a la teoría de los aparatos de poder organizados, la acusación tendría que demostrar: **a)** Que el Comité Interinstitucional fue organizado y destinado a cometer delitos y que esa fue su finalidad; **b)** Que sus miembros tenían competencia para determinar a otros a la comisión de delitos, puesto que la determinación es un concepto propio de la dogmática referida a la autoría mediata; **c)** Que hayan impartido órdenes a los organizadores y ejecutores; **d)** Que los organizadores y ejecutores, aun apartándose de esas órdenes, el Comité tenía la suficiente capacidad y finalidad de reemplazarlos y/o cambiarlos por otros que aún sin conocerlos hubieran acatado la orden; **e)** Que los ejecutores fueron utilizados como simples bienes fungibles, en otras palabras como simples instrumentos. Pues como se tiene dicho, en la Acusación aparecen como ejecutores personas indeterminadas como estudiantes universitarios, trabajadores de la Alcaldía de Sucre, trabajadores de la Universidad y otros. Es decir, que estos, aunque hayan realizado el hecho de manera libre, consiente y con voluntad, lo hicieron como meros sujetos funcionales al Comité Interinstitucional.

En el momento en el que se termina de escribir esta tesis, el proceso por los hechos del 24 de Mayo ha quedado prescrito, por lo que no tenemos un auto supremo que consolide una doctrina legal aplicable respecto a los aparatos de poder organizados en Bolivia.

Lo dicho hasta aquí, nos sierve para sostener que el Derecho Penal se constituye en un sistema de imputación penal, que, conforme a postulados liberales, acogidos por la República de Bolivia desde su primera Constitución Política del Estado, trató de ajustar este sistema de imputación penal a criterios seguridad jurídica, en tanto el reconocimiento de ciertos derechos subjetivos individuales. Lo dicho, no implica reconocer que en la realidad normativa efectivamente los principios liberales hayan sido recepcionados, para ello basta observar las normas contenidas en el primer Código Penal boliviano de 1834, que indudablemente repercutió en la praxis del Derecho Penal.

Del mismo modo, este sistema de imputación, conforme al Derecho Penal clásico, requiere pasar por ciertos filtros presentes en las categorías de la dogmática penal que le permite mantener una relación lógica con las teorías de la pena que en definitiva legitiman su práctica, por lo que en lo que sigue analizaremos de manera sucinta dichas categorías dogmáticas.

1.4.- Categorías de la dogmática jurídico penal

1.4.1.- El tipo penal

En *La República* de Platón, se sostiene que el alma está dividida en tres partes: una que desea, otra que razona y la parte compuesta por la espiritualidad o el ánimo. A esta última parte Hegel la llamo *"reconocimiento"*. La persona, según la división tripartita, tiene la capacidad de dar valor a las cosas u objetos que nos rodean y también a las acciones, pero sobre todo se valora a sí misma y valora a las demás personas. En consecuencia, Para Hegel el *reconocimiento* consistía en la *lucha* de los hombres por la satisfacción de sus deseos, es decir, por el reconocimiento de sus derechos por parte del Estado universal y homogéneo. Dicho de otro modo, *Valor a sí mismos*, *deseo-satisfacción* y *razón*, son las fuerzas que movilizan y transforman las sociedades. Por su parte Nietzsche no aceptaba limitación moral alguna, pues los logros de la humanidad no son nada ya que el hombre siempre estará dispuesto a la creación de algo más elevado y la supuesta satisfacción de los deseos, si es que pueden ser satisfechos, le quita dignidad al hombre, es decir, que si el hombre deja de transformar los valores se sumerge en una vida inútil. Acercándonos a la caracterización conceptual de la nación boliviana establecida en el artículo 3 de la Constitución Política del Estado, Karl Marx postulaba que entre las personas libres e iguales y el Estado no puede existir organismo social mediador, mientras que Hegel sí aceptaba ciertos instrumentos de mediación entre el Estado y las personas, por ejemplo, sindicatos de campesinos, organizaciones sociales, etc., pero no en el sentido de reconocerles derechos especiales. Estas son, me parece, las teorías filosóficas, que nos podrían dar luces para entender el panorama socio-cultural y jurídico en el que se está moviendo el Estado Plurinacional de Bolivia y que estarían empujando al reconocimiento normativo de diferentes tipos de sanciones penales como respuesta del Estado a una infracción penal y a tomar en cuenta el *contexto* en el que

ocurre el delito para determinar la sanción penal adecuada para resolver el conflicto jurídico penal.

Los postulados de Hegel, en el contexto del Estado Plurinacional de Bolivia, podrían ser analizados en dos direcciones. La acción colectiva de las diferentes organizaciones sociales en las jornadas que vienen desde 1992 hasta octubre del año 2003 y que concluyen con la promulgación de la actual Constitución Política del Estado, pueden ser sintetizadas en la *lucha por el reconocimiento* de aquellas colectividades históricamente excluidas, en un doble sentido que se complementan: el reconocimiento pleno de la dignidad personal y la satisfacción de los deseos materiales, que solo puede ser posible en un Estado universal y homogéneo. Pero es precisamente esta característica del Estado universal y homogéneo de Hegel, en la forma postulada por las democracias liberales, que contradice el carácter Plurinacional del Estado Boliviano. Dicho en términos normativos, el artículo 30.II de la Constitución Política del Estado reconoce a favor de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, a existir libremente, a sus prácticas y costumbres, a la libre determinación y territorialidad, entre otros derechos, *pero* en el marco de la *unidad del Estado*. Ahora bien, las democracias liberales postulan que para el ejercicio de los derechos humanos fundamentales debe existir una fuerte identidad nacional por lo que los asociados deben dejar atrás lo que precisamente reconoce el artículo 30 constitucional por constituirse en una barrera entre los diferentes pueblos y el Estado-Nación impidiendo el desarrollo del espíritu del pueblo. Si bien Hegel, como se dijo, reconoce y aceptaba ciertos instrumentos de mediación entre el Estado y las personas (corporaciones civiles), como las asociaciones sindicales, pero no en el sentido de reconocerles derechos especiales como los establecidos en el referido artículo 30 constitucional. Si se entiende que los estados son creaciones políticas con fines objetivamente declarados, es decir, surgen de la discusión, por ejemplo, desarrollada en el seno de una asamblea constituyente, para Marx el artículo 30 constitucional se constituiría en una seria contradicción interna porque destroza el núcleo mismo de la forma de organización política que en definitiva obstaculizaría o no permitiría el desarrollo social, por ejemplo, la industrialización del país a través de proyectos hidroeléctricos que se contrapondrían frontalmente a los *derechos* reconocidos a los pueblos indígenas, como el uso exclusivo de sus recursos naturales renovables existentes en sus territorios, derecho que está

condicionado al *derecho* adquirido por terceras personas. Los primeros podrían ser catalogados como derechos naturales y los segundos como derechos derivados del pacto político. Nietzsche y su hombre nuevo sin los dualismos que nos dejan siempre un sin sentido de la vida, se avergonzaría de tales derechos reconocidos en la Constitución, es decir del dualismo entre los derechos reconocidos a las naciones y pueblos indígenas y los derechos del resto de los bolivianos y las bolivianas. Dicho de otro modo, el Estado boliviano o avanza a la industrialización del país como condición de satisfacer los deseos de la mayoría de la población, o se queda petrificado respetando los usos, costumbres y territorios, etc., de las diferentes naciones indígenas. Para resolver estos problemas surge un grado avanzado de relativismo democrático según el cual todos los sistemas de valores están relacionas entre sí, no existiendo ningún horizonte privilegiado de desarrollo, de tal manera que si los hombres, a diferencia de Nietzsche, miran su pasado y razonan sobre su presente, no tendrían nada de qué avergonzarse.

Es este tipo de contradicciones que en este momento están marcando el desarrollo y despliegue del Estado Plurinacional de Bolivia, contradicciones que Álvaro García Linera las denomina "tenciones creativas", porque el Estado vive la contradicción entre el monopolio de las decisiones y la democratización de las decisiones en el orden económico, cultural, político, etc. y que el núcleo duro de la fuerza del proceso revolucionario, es lo indígena-campesino. Sin embargo, reconoce que la sociedad es más que ese núcleo duro. En términos de Hegel, corporaciones civiles que expresan intereses y Estado como monopolio de organización social. Recuérdese el conflicto interdepartamental entre los departamentos de Santa Cruz de la Sierra y Chuquisaca por la propiedad del campo gasífero "Incahuasi", ubicado en la frontera de ambos departamentos. Diremos entonces que la lucha de los chuquisaqueños por el campo gasífero "Incahuasi" es una *lucha por el reconocimiento*: las personas –el pueblo chuquisaqueño- protestan y se movilizan porque se dan *valor a sí mismos*, se reconocen como personas y se exige que el resto de la sociedad boliviana comparta esta valoración, este orgullo hace que se cohesione la sociedad entre campo-ciudad y se relaciona con el *deseo* de *satisfacción* de las necesidades materiales, porque los recursos económicos provenientes del campo gasífero se constituye en condición para satisfacer las necesidades de salud, educación, transporte, energía eléctrica, etc. Por tanto, es *racional* que

se otorgue valor a este recurso natural y se luche por el dominio absoluto del mismo. *Valor a sí mismos, deseo-satisfacción* y *razón,* son las fuerzas que movilizan y transforman las sociedades. Píense también en el proyecto "Rositas" que consiste en la construcción de una hidroeléctrica con un costo de 1000 millones de dólares que inundará unas 45 mil hectáreas de terreno bajo el agua a doce comunidades indígenas campesinas de las provincias de Vallegrande y Cordillera en el departamento de Santa Cruz de la Sierra. Como tercer ejemplo se tiene la lucha emprendida por los indígenas que viven en el TIPNIS para oponerse a la construcción de la carretera que atravesará sus territorios. En términos de Luís Tapia, en el tipo de relación social que acabamos de describir confluye una dimensión económica (patrón de acumulación) y una dimensión política o régimen político independiente del tipo de Estado y forma de gobierno, es decir, las dimensiones económicas y políticas se constituyen en patrones de producción de sociedad, y, por tanto, la constitución de un determinado tipo de sociedad da lugar a la constitución de determinadas normas jurídicas (tipos penales).

De ahí que, siguiendo a García Linera, consideremos que el Estado no es una comunidad plena, la forma Estado existe porque hay bienes compartidos pero administrados monopólicamente por un segmento específico permanente o rotativo de la sociedad. Las ideas compartidas, principios morales, lógicos procedimentales e instrumentales con los que las personas desenvuelven su vida cotidiana de manera implícitamente coordinada con otras personas son enunciadas y administradas monopólicamente por un pedazo reducido de la sociedad, en formatos exclusivos llamados enunciación oficial del Estado. El Estado es una relación de poder, de intereses, miradas, criterios y acciones particulares; relaciones que se transmutan en intereses, criterios, miradas y acciones universales generales y de todos, con la diferencia que el Estado tiene un poder territorializado con la capacidad de demarcar, o, llegado el caso, inmiscuirse en la gestión de esos otros poderes sociales. Convertir en universal todo lo particular todo lo que toca, proviene de la manera de instrumentalizar esta realidad paradojal, ser monopolio de bienes y recursos comunes, entonces la dimensión comunitaria del Estado está invertida como decisionismo de pocos sobre los bienes de muchos; por ello, entonces comunitarismo fallido, y es por esta mediación política constitutiva del Estado, que los derechos comunes a todos, para instituirse, ejercerse o aplicarse, han de estar reguladas por una estructura de influencias sociales de clase; claro, un

derecho estatal es una facultad individual aplicable a todos los integrantes de una sociedad sin discriminación alguna, pero la influencia de clase está presente desde el mismo momento de la selección de las potestades desde la selección de un potencial derecho frente a otro, no es lo mismo convertir la salud gratuita que instituir la remisión de las ganancias, o en la redacción legal de un derecho que en sus especificaciones, características, requisitos, plazos procedimientos, ha integrado reparaciones a los afectados, ha puesto condicionantes para su aplicación, a puesto condiciones de favorecimientos para unos en detrimento de otros, es decir, ha comprimido en la norma legal del derecho común una intensa conflagración jerarquizada de intereses de distintas clases sociales y segmentos de clase. Cada ley lleva inscrito en la redacción un resumen comprimido de las jerarquías de intereses e influencias que los distintos sectores de la sociedad tienen en la burocracia estatal en particular y en el Estado en general, la legalidad es una gramática de los intereses y capacidad de presión que poseen las clases sociales en el Estado y por tanto ejercen el poder de Estado, la dominación de Estado. El monopolio estatal es por ello el escenario donde se despliega una economía política de la construcción de derechos que prioriza, jerarquiza, promueve, viabiliza, segmenta unos y contiene otros, relentiza o deroga otros. Correlación de fuerzas sociales del Estado. El estado es una jerarquización viviente. Integra los intereses de todos, **ahí se legitima moralmente el Derecho Penal**.

Por tanto, sostenemos que:

> *"La construcción de los tipos penales y el sujeto de protección jurídico penal, depende de las correlaciones de fuerzas sociales y de las condiciones materiales de un determinado tiempo histórico que dominan el mundo, pues somos esencia, pero también presencia."*
>
> *"Los tipos penales y el sujeto de protección jurídica penal, son producto de la correlación de fuerzas sociales, de las condiciones materiales de vida y de las complicadas y complejas valoraciones sociales de un determinado tiempo histórico que dominan el mundo; es decir, el contenido normativo penal y el*

sujeto de protección penal expresan el grado de organización y reorganización de las relaciones sociales prácticas y técnicas."

La memoria corta, año 1993 al año 2003 y 2008, tiempo de bifurcación política, en términos de García Linera, conquistado el poder político, discutido, definido y establecido el nuevo pacto social (reconocimiento formal por aquello que se ha luchado), queda la lucha por el ejercicio pleno de los derechos conquistados, es decir, por el bienestar social, en nuestro caso por el *Vivir Bien*. Esta nueva fase exige la creación de circunstancias materiales y culturales, para ello se requiere generar riqueza, distribuir y redistribuir la riqueza (patrón de acumulación), pues el fin último del Estado está marcado en el artículo 9 constitucional.

No obstante, en el periodo histórico boliviano, de instauración y sustitución del predominio de tipos de relaciones sociales, se observan marcadas continuidades políticas, económicas y sociales, que, como se tiene dicho, condicionan el orden normativo y su aplicación (léase constitución de tipos penales en relación con las categorías dogmáticas y su relación lógica con las teorías de la pena). En consecuencias, si observamos la configuración social actual, podemos decir que existe continuidad entre el periodo llamado neoliberal y el actual periodo llamado Estado Plurinacional Comunitario, que en teoría tendría que ser lo nuevo por construir.

Por tanto, la primera conclusión que podemos extraer es que el reconocimiento de derechos especiales a las naciones y pueblos indígena y originario campesino (que en ningún caso gozan de protección penal), se han convertido en contrarrevolucionarios, surgiendo así una práctica política autoritaria con rasgos fascistas, condicionando la constitución de las condiciones materiales y culturales como condición para el *Vivir Bien*. Aspectos que nos permiten sostener que se hace necesario la construcción de un Sistema Jurídico Penal que racionalice el uso del poder punitivo del Estado.

1.4.2.- Antijuridicidad y causas de justificación

La acción típicamente antijurídica, es decir, el injusto jurídico penal, se basa en el principio de racionalidad personal y en el principio de libertad formal. Por tanto, una acción libre no

condicionada por factores personales o externos, da lugar al juicio de reproche personal y a la imposición de una determinada sanción penal, para resocializar y para prevenir de manera general y especial la comisión de delitos, por ejemplo, tomar de rehén a señor David Choquehuanca durante las protestas por la construcción de la carretera que atravesaría el TIPNIS, formalmente se considera delito, y, no concurre ninguna causa de justificación normativamente hablando. Dicho ello, pasamos a analizar las causas que excluyen la responsabilidad penal por considerar que ciertas conductas antijurídicas, están justificadas, es decir, toleradas socialmente.

Para comprender en qué consisten las causas de justificación, es necesario retomar la diferencia entre tipo y antijuridicidad. Al respecto, es ilustrativo el criterio de Hans Welzel para quien el *tipo* es una figura *conceptual*, que describe formas posibles de conducta humana. La norma prohíbe la realización de estas formas de conducta. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva, por ejemplo la acción de matar a un hombre, esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva "el carácter contrario a la norma" de la conducta. Continua manifestando que toda realización del tipo de una norma prohibida es contraria a la norma, pero no es siempre antijurídica, pues el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino también de preceptos permisivos "autorizaciones", es decir, que existen preceptos que permiten, en ciertos casos, la conducta típica, por ejemplo matar a un hombre. En este caso dice Welzel, la realización del tipo de una norma prohibitiva es jurídica. Antijuridicidad es, pues, la contradicción de la realización de un tipo con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no solo con una norma aislada)[18].

Los preceptos permisivos "autorizaciones" que permiten en ciertos casos conductas típicas, serían la legítima defensa, el ejercicio de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley

[18] Hans, Welzel, ***El Nuevo Sistema del Derecho Penal***, ROQUE DEPALMA, Buenos Aires, 1956, p. 74.

o de un deber y el estado de necesidad, descritos en los artículos 11- 1 y 2) y 12 del Código penal.

Con relación a los fundamentos de las causas de justificación, en principio se sostenía que éstas operaban como características negativas del tipo; es decir, que la no concurrencia de una causa de justificación era presupuesto para el tipo y su concurrencia debía excluir el tipo. Sin embargo Welzel critica esta posición en el entendido de que esta opinión desconoce la función de la adecuación típica, que debe tipificar las acciones que se realizan fuera de los órdenes de la vida social. La defensa legítima no excluye la adecuación típica de una acción de lesión; su efecto es el de eliminar, solamente, su antagonismo con el orden jurídico, es decir, la antijuridicidad[19].

En este entendido el párrafo primero del artículo 292 del Código Penal establece que: "El de cualquier manera privare a otro de su libertad personal, incurrirá en reclusión de seis meses a dos años y multa de treinta a cien días…sic". En este caso, si el sujeto A sorprende en flagrancia al sujeto B cometiendo un delito y por ello procede a detenerlo, indudablemente habrá en primera instancia una privación de libertad, adecuando el sujeto A su conducta al tipo penal de Privación de Libertad. ¿Pero esta acción aun siendo típica es antijurídica? La respuesta la encontramos en el artículo 229 del Código Procesal Penal, estando esta acción justificada, por tanto, aun típica, no es antijurídica. Pero este es un criterio eminentemente normativo, recuérdese la retención personal de David Choquehuanca por indígenas del TIPNIS.

1.4.2.1.- Legítima defensa

El artículo 11 numera 1) del Código penal establece que está exento de responsabilidad *"El que en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, rechaza una agresión injusta y actual,*

[19] Ídem. P. 90.

siempre que hubiere necesidad racional de la defensa y no existiese evidente desproporción del medio empleado".

La doctrina penal acepta de manera casi unánime que el fundamento de la legítima defensa radica en el principio de que el derecho no necesita ceder ante lo ilícito y que no solo se daría un derecho de defensa individual sino que también este ejercicio tiende a reafirmar el orden jurídico.

Al respecto Muñoz Conde sostiene que la naturaleza de la legítima defensa como causa de justificación parece fuera de duda, aunque durante mucho tiempo estuvo confundida con las causas de exculpación, planteándose como un problema de miedo o de perturbación del ánimo en el que se defiende al ser objeto de un ataque. Pero en la medida en que la defensa sea respuesta proporcionada a una agresión injusta, no cabe duda de que, cualquiera sea la actitud anímica del que se defiende, existe una auténtica causa de justificación que legitima el acto realizado. Continúa afirmando, que junto a este aspecto individual de la legítima defensa, existe también uno supraindividual representado por la necesidad de defensa del orden jurídico y del Derecho en general, conculcados por la agresión antijurídica. Sin embargo, la importancia y trascendencia que tiene conceder a una persona derechos que incluso se niega al Estado (por ej. Matar a una persona) imponen la necesidad de limitar ese derecho individual a casos o situaciones realmente excepcionales, en los que sólo el individuo puede defender sus bienes jurídicos más preciados. En la medida en que puedan operar eficazmente otros mecanismos jurídicos protectores, el derecho a la defensa cede. No hay, pues, un principio de prevalencia del Derecho a toda costa frente a la injusta agresión y, en todo caso, ese principio tiene que ser compaginado o matizado por otros principios informadores de las causad de justificación, como el de proporcionalidad, ponderación de intereses, etc.[20]

[20] Ob. Cit. Muñoz Conde, ***Derecho Penal Parte General***, p. 326.

Comprendemos entonces que la naturaleza de la legítima defensa, radica en la posibilidad que tiene todo ciudadano de defenderse directamente de agresiones injustas cuando el Estado en esas situaciones excepcionales no pueda intervenir protegiendo de manera directa esos bienes jurídicos, pues de otra manera se pondría también en duda la vigencia del orden jurídico lesionado por la acción delictiva y, esta acción de defensa se justificaría siempre y cuando se cumplan ciertos principios o requisitos que en el caso nuestro los observamos en el propio texto del artículo 11 numeral 1 del Código Penal. Del mismo modo, queda claro que la legítima defensa concurriendo todos los requisitos en su ejercicio, opera como causa de justificación excluyendo la antijuridicidad y no como causa de exculpación.

Con relación a los requisitos de la legítima defensa, el texto del numeral 1 del artículo 11, en cuanto a los derechos defendibles daría lugar a confusión, ya que la primera parte del texto refiere que *cualquier* derecho, propio o ajeno, da lugar a legítima defensa, claro está de una *agresión*. Es decir, nuestro Código, limita la legítima defensa a los derechos de la persona o permite una extensión ilimitada.

Al respecto, la doctrina dominante se inclina por reconocer que defendible es todo bien jurídico y no solo los penalmente reconocidos, por ejemplo cuerpo, vida, salud, libertad y hasta la propiedad y posesión. Es decir, que al ser cualquier bien jurídico pasible de agresión es por tanto defendible, aunque también otro sector de la doctrina se ha inclinado a excluir bienes jurídicos como el orden público y el Estado.

En consecuencia, creo que la legítima defensa solo opera cuando se da una agresión sobre derechos subjetivos individuales ya sean propios o ajenos.

La agresión, según Bacigalupo, la agresión debe ser de carácter violento y debe haber partido de un ser humano y puede tener lugar en forma activa (acción) o pasiva (omisión). En este mismo sentido Muñoz Conde, sostiene que la jurisprudencia y algún sector doctrinal suelen interpretar el término "agresión" en el sentido de "acometimiento", acto de fuerza. Sin embargo, explica que, la expresión también puede ser entendida como acción de puesta en peligro de algún bien jurídico, incluyendo también en ella la omisión, cuando ésta suponga esa eventualidad. Al respecto citando a Iglesias Río, explica que cabe legítima defensa en los

casos en que la omisión lesione o ponga en peligro bienes jurídicos individuales, siempre que la acción vaya dirigida a controlar el peligro, no contra la persona que omite el deber de actuar. Pero, normalmente, el control del peligro obligará a actuar sobre la persona que pueda evitarlo; por ejemplo, obligar a un conductor a que pare y lleve al hospital a un accidentado grave[21].

Por otra parte, la agresión debe ser real, de concurrir algún error en el ejercicio de la defensa, este aspecto da lugar a la aplicación del último párrafo del artículo 16-1) del Código Penal. No obstante, se debe hacer un análisis minucioso de las circunstancias que concurren, ya que inclusive existen voces autorizadas que consideran a la defensa putativa como causa de exculpación en caso de error invencible o simplemente como atenuante si el error es vencible, este último caso reconocido textualmente en nuestra ley penal.

Actual e ilegítima, es decir, que la defensa debe surgir mientras la agresión este en curso, de no ser así, estaríamos ante una simple venganza. Así Bacigalupo entiende que la agresión es actual mientras se está desarrollando. La inminencia de la agresión, es decir, la decisión irrevocable del agresor de dar comienzo a aquélla, es equivalente a la actualidad y es ilegítima cuando ésta es antijurídica[22].

Necesidad racional, que, para Muñoz Conde, es el medio empleado para impedir o repeler la agresión, supone la concurrencia de dos extremos: *la necesidad de defensa*, que sólo se da cuando es contemporánea a la agresión y que persiste mientras la agresión dura, siempre que sea, además, la única vía posible para repeler o impedirla y, *la racionalidad del medio empleado*, que exige la proporcionalidad, tanto en la especie como en la medida, de los medios empleados para repeler la agresión. Es decir, la entidad de la defensa, una vez que ésta sea necesaria, es preciso que se adecue a la entidad de la agresión, de lo contrario no

[21] Ídem. P. 327.
[22] Ob. Cit. Bacigalupo, ***Derecho Penal Parte General***, p. 363.

habría justificación plena y, todo lo más, vendrá en consideración la eximente incompleta (exceso intensivo)[23].

Elementos objetivo y subjetivo, para que se de esta causa de justificación, no solo debe concurrir objetivamente la agresión injusta a la que hace referencia el artículo 11-I-1) del Código penal, sino que también es requisito, que el que se defiende sepa y tenga la voluntad de defenderse de esa agresión, es decir, que lo que le impulsa a repeler la agresión actual debe ser el ánimo de defenderse, conociendo dichas circunstancias.

1.4.2.2.- El Estado de necesidad justificante

El artículo 12 del Código penal establece que "Está exento de responsabilidad el que para evitar una lesión a un bien jurídico propio o ajeno, no superable de otra manera, incurra en un tipo penal, cuando concurran lo siguientes requisitos: 1) Que la lesión causada no sea mayor que la que se trata de evitar, tomando en cuenta, principalmente, la equivalencia en la calidad de los bines jurídicos comprometidos; 2) Que la lesión que se evita sea inminente o actual, e importante; 3) Que la situación de necesidad no hubiera sido provocada intencionalmente por el sujeto; y 4) Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo, la obligación de afrontar el peligro".

La característica esencial del estado de necesidad justificante, radica en la colisión de bienes jurídicos desiguales, ya que estaremos ante una causa de justificación que deriva del estado de necesidad cuando se lesione un bien menor para salvar otro de mayor valor tomando en cuenta la calidad de los bienes jurídicos comprometidos. Al respecto Cerezo Mir define al estado de necesidad como la situación de peligro de un bien jurídico, propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave, que es inevitable sin producir la lesión o con una lesión de menor gravedad de los bienes jurídicos de otra persona o sin infringir un deber. Afirma también que la situación de peligro a diferencia de la legítima

[23] Ob. Cit. Muñoz Conde, ***Derecho Penal Parte General***, p. 330.

defensa puede provenir del hombre como de las fuerzas de la naturaleza, del ataque de un animal, del movimiento corporal del hombre en cuanto no sea una acción, y de la acción lícita humana[24]. Pues de lo contrario estaríamos hablando de agresión y en este caso no estaríamos ante un estado de necesidad sino ingresaríamos a la legítima defensa.

En consecuencia, mientras que en la legítima defensa se rechaza una *agresión* injusta y actual y por ello la acción de defensa queda justificada por el derecho. En el estado de necesidad justificante, no se rechaza una agresión (proveniente de la acción ilícita de un hombre), sino de lo que se trata es de salvar un bien jurídico propio o ajeno lesionando el bien jurídico menor; es decir, que se evita la lesión a un bien jurídico mediante un hecho típico que en definitiva se justifica. Otro aspecto es que en la legítima defensa no concurre la ponderación de bienes, siendo este el aspecto de mayor distinción. Nótese que estos datos son fácilmente identificables en la definición de Cerezo Mir.

En cuanto a los fundamentos y naturaleza jurídica del estado de necesidad, Edgardo Donna afirma que la idea rectora del estado de necesidad es, sin duda, la ponderación de intereses o de bienes, de modo que la justificación está dada por el salvataje del bien o del interés de mayor valor jurídico. Asimismo afirma que existe un segundo principio, que consiste en la autonomía ética del hombre, esto es, que no se utilice a un hombre como medio, tal como lo ordena el imperativo categórico kantiano. Por este motivo, Donna sostiene que Cerezo Mir acierta al sostener que "el estado de necesidad será una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana"[25].

Por otra parte, al igual que la legítima defensa, la doctrina mayoritaria se inclina por requerir en el estado de necesidad los elementos objetivos y subjetivos. Pero a diferencia de la legítima defensa, se sostiene que no hay limitación de bines jurídicos a ser protegidos por

---

[24] Cerezo Mir, José, ***Curso de Derecho Penal Parte General***, T. II, TECNOS, España,1976, p. 13 y ss.
[25] Ob. Cit. Donna, ***Teoría de Delito y la Pena***, p. 161.

esta causal de justificación, es decir, que hasta los bienes del Estado podrían ser protegidos pero en casos anormales.

Entre los requisitos para el estado de necesidad justificante, el artículo 12 del Código penal establece ciertos requisitos para que se dé un verdadero estado de necesidad siendo estos:

La ponderación de bienes, como se tiene dicho, en el presente caso, de acuerdo al numeral 1 del artículo 12 del Código penal, se debe estar principalmente a la equivalencia en la calidad de los bienes jurídicos comprometidos. Es decir, que en el presente caso, de lo que se trata es de ponderar los bines jurídicos con la finalidad de evitar la lesión de un bien jurídico mayor, por ejemplo causar lesiones a una persona para salvar la vida de otra. Aspecto que ya diferencia al estado de necesidad excluyente de responsabilidad o estado de necesidad exculpante.

A este respecto Edgardo Donna explica que en el caso de los bines jurídicos absolutamente personales no pueden ser medidos de una manera aritmética y pone el ejemplo de Maurach y Zipf, que en el tiempo del nazismo algunos médicos participan de la muerte de algunos enfermos en la cámara de gas, con el fin de poder salvar otros. En este caso dice Donna, no hay duda de que no se puede utilizar la fórmula del estado de necesidad justificante, debido a que no ha posibilidad de medir cualitativamente las vidas humanas, dicho de otra manera, una vida humana es igual a cien o más vidas humanas. En cuanto a los bienes que no son personales, como la propiedad, debe tenerse en cuenta su valor y número, para que esté autorizada la acción de salvataje.

En este sentido Zaffaroni afirma que el mal menor se individualiza mediante una cuantificación que responde fundamentalmente a la jerarquía de los bines jurídicos en juego y a la cuantía de la lesión amenazada a cada uno de ellos. La jerarquía de los bienes en abstracto no las proporciona la tabulación de la parte especial, pero la magnitud de la afectación a cada uno de ellos debemos determinarla en cada caso atendiendo a las penas conminadas y a la extensión concreta del daño o peligro. Si bien el mal amenazado siempre debe ser inminente, lo cierto es que hay grados de proximidad del peligro, que deben tomarse

también en cuenta, como también la consideración de la afectación en relación a las condiciones personales de los titulares considerados objetivamente.

En esta misma línea Donna refiere que para poder medir, en principio, los intereses en conflicto lo justo es recurrir a la parte especial del Código penal. Allí el legislador ha decidido cuál bien jurídico es más valioso, teniendo en cuenta los tipos penales básicos.

Con relación a los bienes jurídicos personales y en especial al bien jurídico vida, Zaffaroni enseña que en los casos en que los males sean vidas humanas, el estado de necesidad justificante no podrá amparar nunca la conducta homicida, porque una vida humana siempre vale para el derecho tanto como otra, no pudiendo cuantificarse los males tampoco por el número de vidas humanas en juego, porque aunque sea una vida sacrificada para salvar mil, lo cierto será que esa vida ha sido usada como medio y, conforme a los principios de respeto a la dignidad humana, el derecho no puede tolerar que nadie sirva como medio, ni siquiera para salvar a otro.

De lo manifestado por Zaffaroni y Donna, entendemos que el estado de necesidad justificante, no podrá ser invocado cuando colisionen bienes jurídicos de igual calidad, pues es cierto que la dignidad humana se constituye en un límite material del derecho penal subjetivo, por ello el derecho no puede nunca justificar la lesión de una vida por otra vida y en estos casos indudablemente se allana el camino para ejercer el poder punitivo del Estado. Sin embargo, en el caso de colisión de bienes jurídicos de igual calidad, la doctrina se ha inclinado en discutir estos casos por la vía del estado de necesidad exculpante, por ejemplo quitar la vida a otro para salvar la propia.

Otro de los requisitos es que la lesión sea inminente o actual e importante. Sobre esto la doctrina ha entendido que la inminencia de la lesión debe ser entendida conforme al requisito de la actualidad para la legítima defensa; es decir, que este peligro debe ser real y objetivo no un simple supuesto de algo que ocurrirá. Zaffaroni afirma que inminente es el mal que puede producirse en cualquier momento, sin que lo sea únicamente el que se habrá de producir dentro de un segundo. De ello se desprende que el estado de necesidad admite el peligro permanente.

Entiendo que la *importancia*, debe ser analizada desde el punto de vista de la lesión que se trata de evitar, por ejemplo matar a un perro para evitar ser atacado o ingresar a un domicilio a la fuerza para evitar ser asesinado. En este caso concurriría la *necesidad* como elemento central y nuclear de la justificante.

También es otro requisito que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente. En este caso, de lo que se trata es establecer y verificar que el sujeto no haya causado el estado de necesidad dolosamente, pues nótese que nuestro Código hace referencia a la provocación intencional. Es decir, que se requiere que el sujeto que realiza la acción para evitar una lesión a un bien jurídico propio o ajeno, no haya creado las condiciones para que el bien jurídico se encuentre en inminente peligro.

Por otra parte, como se dijo, entendemos que esta provocación debe ser dolosa conforme al texto del numeral 3 del artículo 12, en consecuencia se excluiría la provocación culposa. Pero a causa de la violación del deber de cuidad, la posterior conducta típica podría atribuírsele a título de culpa.

Además se requiere que el necesitado no tenga por su oficio o cargo, la obligación de afrontar el peligro. Existen personas que por la actividad que desempeñan están en la obligación de afrontar el peligro, ello ocurre con los médicos, bomberos, policías, etc. Es decir, que estas personas, cuando se enfrentan a situaciones de peligro no pueden invocar el estado de necesidad.

Sin embargo Jiménez de Asúa, sostiene que existen ciertas excepciones cuando la desproporción entre los bienes jurídicos es muy grande y cuando el sacrificio es inútil. Así Fontán Balestra ejemplifica diciendo que es indudable que el bombero no puede sacrificar su vida para salvar los muebles.

1.4.2.3.- Estado de necesidad exculpante

Recordemos que el artículo 12-1) de Código penal señala *"Que la lesión causada no sea mayor que la que se trata de evitar, tomando en cuenta, principalmente, la equivalencia en la calidad de los bienes jurídicos comprometidos."*.

De la norma legal, se infiere que el legislador partiendo del concepto de lesión a un bien jurídico, ha establecido dos modelos de estado de necesidad: a) no sea mayor que la que se trata de evitar y; b) la equivalencia en la calidad de los bienes comprometidos. En el primer caso, estaremos ante un estado justificante y en el segundo ante un estado exculpante.

Con relación a estos dos supuestos de estado de necesidad, la doctrina dominante considera que no se trate de la mera comparación de bienes jurídicos, es decir, que no se debe tomar en cuenta solo el criterio de la importancia o rango de los bienes jurídicos, sino también se debe establecer la mayor o menor intensidad de la lesión al bien jurídico o si solo han sido puestos en peligro, la gravedad y reparabilidad o no de la lesión.

En este sentido, la teoría unitaria establece que el estado de necesidad analizado, solo debe tener carácter de *causa de justificación*. La teoría dualista o diferenciadora, sostiene que el estado de necesidad en caso de conflicto de intereses desiguales debe tener carácter *justificante*, con base en el principio del interés preponderante; y en caso de conflicto de intereses iguales o equivalentes constituirá una causa de *exculpación*, sustentándose en el principio de no exigibilidad de otra conducta adecuada a derecho.

Es necesario aclarar que la culpabilidad entendida como juicio de reproche, se constituye en un proceso normativo de atribución individual de responsabilidad penal y, para que se configure el juicio de reproche es necesario que la culpabilidad esté integrada por todos sus elementos. En consecuencia, si *la exigibilidad de un comportamiento distinto* es un elemento de la culpabilidad y si el estado de necesidad por conflicto de intereses iguales o equivalentes tiene como base el principio de no exigibilidad de otra conducta adecuada a derecho, concluiremos que esta eximente estructuralmente se constituye en una causa que debe ser tratada a nivel de culpabilidad y no de antijuridicidad.

Roxin sostiene que el estado de necesidad disculpante no excluye la culpabilidad en el sentido estricto de la palabra, sino la responsabilidad jurídico penal. Para explicar esta postura, Roxin señala que “La responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la **culpabilidad** del sujeto y de la **necesidad preventiva** de sanción penal, que hay que deducir de la ley. El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal pese a que

(todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a derecho. Una actuación de este modo culpable precisa en el caso normal de sanción penal también por razones preventivas; pues cuando el legislador plasma una conducta en un tipo, parte de la idea de que debe ser combatida normalmente por medio de la pena cuando concurren antijuridicidad y culpabilidad. La necesidad preventiva de punición no precisa de una fundamentación especial, de modo que la responsabilidad jurídico penal se da sin más con la existencia de culpabilidad. Sin embargo, esto no es así en todos los casos. V.gr. en el estado de necesidad disculpante…Sic."[26].

De la posición de Roxin, se puede establecer que aún estando el sujeto en estado de necesidad, es culpable en el sentido estricto del concepto de culpabilidad, porque tiene conocimiento de la antijuridicidad, le era posible *todavía* actuar conforme a derecho, pero la misma norma no le puede *exigir* conductas heroicas y por tanto es imputable. Pero si bien la culpabilidad estaría integrada, el estado de necesidad no es un caso normal, es decir, el sujeto por el conflicto de intereses iguales o equivalentes a los que se enfrenta se encuentra en un estado no normal, por eso para que se integre la *responsabilidad* todavía falta analizar si concurre la necesidad preventiva de punición, pues el juicio de *culpabilidad aún no significa responsabilidad*.

Desde el punto de vista de la política criminal, como conclusión se tiene, que el fundamento de exención de pena, para Roxin, no radica en la ausencia de culpabilidad, sino en la falta de una necesidad preventiva de punición por la situación anormal en la que se encuentra el sujeto. En otras palabras, dice Roxin, que quien actúa en estado de necesidad disculpante, no pone de manifiesto ninguna necesidad de resocialización, por ello no será necesario imponer sanción.

---

[26] Roxin, Claus, ***Derecho Penal Parte General***, Tomo I, CIVITAS, Madrid, España, 1999, p. 792.

1.4.2.4.- Estado de necesidad por colisión de deberes

El artículo 11-I-2) del Código penal igualmente establece que está exento de responsabilidad *"El que en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley o de un deber, vulnera un bien jurídico ajeno"*.

Para Bacigalupo la problemática se centra en tanto el cumplimiento de un deber colisiona con otro deber, considerándose este aspecto como cusa de justificación y, en este caso, la colisión se regirá por las reglas del estado de necesidad por colisión de deberes. El ejercicio de un *oficio o cargo* seguirá también estas reglas y tendrá efecto justificante en la medida en que impone un deber específico al que lo desempeña. Manifiesta también, que no pertenecen a este ámbito el llamado ejercicio de un derecho, como se explicar posteriormente.

Mariano Silvestroni en su obra Teoría Constitucional del Delito, en cuanto al ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber, explica que en ambos casos el derecho/deber puede manifestarse de dos modos distintos: a) mediante una norma que expresamente habilita u ordena la ejecución de la conducta típica; o b) a través de la consagración del derecho o del deber de modo genérico. En este último caso, explica, que la justificación está supeditada a la prevalencia del derecho/deber por sobre el deber emergente de la norma antepuesta al tipo penal. En otras palabras, dice, la determinación de la justificación exige una especial valoración jurídica para establecer cuál es la norma que prevalece: la antepuesta al tipo penal o la que se esgrime como justificante[27].

Para entender un poco más esta causa de justificación, nos remitimos a Kelsen quien en su obra Teoría Pura del Derecho refiere que "Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituyen su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado

[27] Silvestroni, Mariano, ***Teoría Constitucional del Delito***, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 292.

únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encentra en la base de este orden"[28].

No se trata de ingresar a discutir el orden jurídico desde la óptica de Kelsen, sino de explicar de manera breve el tema que se aborda en el presente acápite. Así, es fácil llegar a deducir que toda sociedad organizada está regida por un sistema normativo plural cuya base es la Constitución; dicho de otro modo, todo el sistema normativo debe guardar coherencia con la Constitución Política del Estado. En consecuencia, la validez de las normas que conforman el sistema jurídico depende en gran medida de que no exista antinomias o incoherencias en el contenido de estas con la Constitución, por ejemplo si la Constitución reconoce la vida como derecho fundamental, entendemos que desde el punto de vista lógico, el legislador ha decidido proteger la vida tipificando como delito la acción de quitar la vida, nótese entonces que entre la norma penal que prohíbe quitar la vida y el derecho fundamental reconocido por la Constitución no existe antinomia.

Sin embargo, muchas veces la maquinaria legislativa no actúa de manera coherente a tiempo de legislar. Es decir, que al margen de las prohibiciones contenidas en las normas penales, no debes robar, hurtar, lesionar, etc., existen actos que son mandatos, tolerados, permitidos y hasta promovidos por el sistema jurídico. De esta manera, cuando nos referimos a que ciertas normas del sistema jurídico toleran o permiten ciertas acciones que revisten carácter delictivo, nos referimos a que otras normas no necesariamente penales, ya sean de orden constitucional, civil, familiar, comercial, etc. justifican dicha acción base del conflicto de deberes. De esta manera, muchas veces nos enfrentamos con un conflicto de deberes, de cumplir con uno en desmedro de otro, pues volviendo a Kelsen, las normas serán válidas formal y materialmente, mientras estas estén vigentes y no sean objeto de abrogación, derogación o declaratoria de inconstitucional. Al estar vigentes, como dice Silvestroni, habrá

[28] Kelsen, Hans, ***Teoría Pura del Derrecho***, Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 117.

que tener especial cuidado en la valoración jurídica para establecer cuál es la norma que prevalece para que de esta manera se justifique la decisión asumida en un caso concreto.

En este entendido, desde el punto de vista de la preponderancia del deber, puede ocurrir que en un caso concreto el cumplimiento del deber surja y esté impuesta por una norma constitucional y al mismo tiempo por una norma de los pactos internacionales y el caso también esté dispuesto en una norma de menor jerarquía. Normas absolutamente válidas formal y materialmente mientras no se diga lo contrario, por tanto habrá que valorar para establecer cuál es la que debe prevalecer.

Al respecto es discutida la retroactividad de la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz como excepción a principio de irretroactividad, en este caso, el artículo 25 de la Ley 004 a creado los tipos penales de "Enriquecimiento ilícito" y "Enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado"; la Disposición Final Primera de la Ley 004, establece expresamente que *"Las acciones de investigación y juzgamiento de delitos permanentes de corrupción y vinculados a ésta, establecidos en el Artículo 25 numerales 2) y 3) de la presente Ley, deben ser aplicados por las autoridades competentes en el marco del Articulo 123 de la Constitución Política del Estado…Sic."*. El artículo 123 de la Constitución establece que en materia penal la ley tiene efecto retroactivo *"…en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado…Sic."*. De las normas citadas, se extrae un elemento importante, cual es el *deber* que tiene la autoridad competente de aplicar la Ley 004 de manera retroactiva cuando esté investigando y juzgando los delitos de "Enriquecimiento ilícito" y "Enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado", además nótese que la Disposición Final Primera de la Ley 004 no hace solo referencia estos ilícitos sino a todos aquellos vinculados a corrupción; es decir que si un ciudadano cometió estos delitos antes de la vigencia de la Ley 004, es deber de la autoridad competente investigar y juzgar con esta nueva ley el hecho ocurrido con anterioridad. Además de ello, el artículo 5-II de la Ley 004 establece que *debe ser* de *"aplicación preferente"*.

Sin embargo el artículo 13-IV de la misma Constitución Política del Estado establece que *"Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagradas en esta Constitución se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia."* Y el artículo 116-II de la propia Constitución establece que *"Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible."*. Finalmente el artículo 15-1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adhesión de Bolivia mediante Decreto Supremo Nº 18950 de 17 de mayo de 1982, ratificada mediante Ley Nº 2119 de 11 de septiembre de 2000, establece que *"Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."*.

Nótese entonces que el fiscal y el juez (el Fiscal investiga y el Juez juzga), pueden encontrarse frente a un caso concreto en el cual se esté investigando y juzgando los delitos de "Enriquecimiento ilícito" y "Enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado", hecho supuesto ocurrido con anterioridad a la vigencia de la Ley 004. Entonces puede que la autoridad competente, se enfrente a un conflicto: de aplicar al caso concreto el artículo 123 de la Constitución, artículos 5-II, 25 y la Disposición Final Primera de la Ley 004; o en su caso dar aplicación a los artículos 13-IV y 116-II de la Constitución Política del Estado y artículo 15-1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Claro está que la decisión asumida debe derivar de la valoración preponderante del deber.

Considero que utilizando la valoración preponderante del deber para establecer cuál es la norma que debe prevalecer, el Fiscal o Juez que aplique los artículos 13-IV y 116-II de la Constitución Política del Estado y artículo 15-1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para dar solución al caso concreto, no comete delito, pese a que la Ley 004 es de aplicación preferente, porque la decisión estará justificada por aplicación de normas que

protegen derechos fundamentales y además sobre la materia son normas específicas de rango superior.

Con relación al ***ejercicio de un derecho***, habíamos manifestado que Enrique Bacigalupo en su obra Derecho Penal Parte General, sostiene que el ejercicio de un derecho, no pertenece al ámbito de una causa de justificación. Por el contrario importaría la realización de un acto no prohibido, por ejemplo el que toma una cosa mueble propia no comete hurto o el que ingresa a su propia casa no comete allanamiento de morada. Pero Bacigalupo explica también que existen excepciones, por ejemplo la retención de cosas muebles autorizadas por el Código Civil en el contrato de depósito, deduciéndose que el ejercicio de un derecho sólo opera como causa de justificación cuando recae sobre bienes o derechos ajenos.

En nuestra legislación, siguiendo el criterio de Bacigalupo, el artículo 14- IV de la Constitución Política del Estado establece que *"En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban."*. De este principio general se deduce que todos realizamos actos de manera libre mientras no estén prohibidos. Pero cuando ejercemos un derecho que recae sobre bienes o derechos ajenos, esta acción estará justificada siempre y cuando esté autorizada por un precepto del orden jurídico positivo.

Por ejemplo el derecho de corrección de los hijos, cuando se da una bofetada al hijo para corregir la conducta, indudablemente debe primar también la racionalidad en el ejercicio de este derecho.

En cuanto al ***ejercicio de un oficio o cargo***, debemos tomar en cuenta que la intervención de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos o los que ejercen ciertos oficios, como por ejemplo el funcionario público policial, el médico, el abogado; producen con su accionar efectos jurídicos penales, que de cumplirse ciertos requisitos estos actos quedarían justificados.

Así el artículo 251 de Constitución Política del Estado establece que la Policía Boliviana *"…tiene la misión específica de la defensa de la sociedad y la conservación del orden*

público, y el cumplimiento de las leyes en todo el territorio boliviano…Sic.”. No obstante la naturaleza del trabajo o las condiciones fácticas en las que se cumple este mandato constitucional no son las más adecuadas para que en todas esas circunstancias fácticas sus conductas estén siempre adecuadas a derecho, pues no es desconocido que para conservar el orden público y hacer cumplir la ley es necesaria una cierta violencia. Por ello, la doctrina del derecho penal sostiene que el ejercicio de la fuerza por parte de la autoridad policial, debe reunir los requisitos de racionalidad de la violencia y adecuada proporcionalidad. Sin embargo, considero que estos requisitos deben ser valorados desde el punto de vista de un observador extraño al conflicto.

Por otra parte se ha discutido si el ejercicio de la fuerza debe tener como antecedente previo una agresión ilegítima. En tal caso, un sector de la doctrina se inclina por afirmar que en este caso el funcionario hace uso del derecho de defensa, asemejándose a la legítima defensa y, otro sector afirma que no es necesaria esta agresión ilegítima, por ejemplo, cuando el funcionario policial por mandato de la Constitución defiende un edificio estatal de los destrozos provocados por una turba o ingresa a un domicilio sin orden judicial para aprehender a un delincuente en flagrancia.

De igual manera el oficio de la abogacía da lugar a ciertos conflictos en el ejercicio profesional, por ejemplo el abogado no puede revelar el secreto profesional sin la autorización de su habitual cliente bajo sanción del tipo penal descrito en el artículo 302 del Código penal, sin embargo muchas veces el orden jurídico positivo retrocede ante los valores morales que nutren al derecho positivo; es decir, cuando el Abogado decide revelar el secreto profesional para evitar la continuación y consumación de un delito, en estos casos su conducta estará justificada.

La ***obediencia debida,*** categoría superada luego de la restauración de la democracia en la mayoría de los países sud americanos después de las dictaduras militares de los años 70 del anterior siglo.

1.4.2.5.- El exceso en las causas de justificación

El artículo 11-II del Código penal establece que *"El exceso en las situaciones anteriores será sancionado con la pena fijada para el delito culposo. Cuando proviniere de una excitación o turbación justificables por las circunstancias concomitantes en el momento del hecho, estará exento de pena."*.

En el primer caso, es decir, la sanción con la pena fijada para el delito culposo en caso de exceso, se sustenta en el hecho de que al igual que existe un injusto disminuido también existe una antijuridicidad disminuida. En otros términos podríamos decir que la disminución de sanción, radica en el hecho de que el sujeto que comienza la acción dentro de los marcos permisivos de la ley, termina la acción siendo antijurídica. Así, Soler define al exceso como "La intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada.".

En el segundo caso, de exención de pena por excitación o turbación justificables por las circunstancias en el momento del hecho, se refiere a estados anímicos que impiden una reflexión ordenada en el momento del hecho. Otro dato a tomar en cuenta es que la norma citada utiliza el término *"por" las circunstancias concomitantes en el momento del hecho*, lo cual supone que el estado anímico por excitación o turbación implica una *relación interna* con las circunstancias concomitantes en el momento del hecho, no siendo meras relaciones causales.

1.4.2.6.- El consentimiento como causa de exclusión de tipicidad

Basta remitirnos a los artículos 11 y 12 del Código Penal para afirmar que el consentimiento no está comprendida como una causa de justificación y, en realidad, se la considera como una causa de exclusión de la tipicidad que como causa justificante.

Bajo estas posturas, nuestra legislación entiende que el consentimiento opera como una causa de atenuación de la punibilidad, por ejemplo el tipo penal descrito en el artículo 275 sanciona con tres meses a tres años al que lesione a otro con su consentimiento, de igual manera se tienen los tipos penales descritos en la sanción de los artículos 256 y 265. Nótese que en estos

casos media el consentimiento cuya punibilidad es atenuada con relación a la punibilidad del tipo base, es decir, con relación a la sanción del delito de lesiones, homicidio y aborto.

Pero en algunos otros casos concurren ciertos requisitos que pueden justificar las acciones en sí típicas, por ejemplo el artículo 266 deja impune el aborto consentido por la mujer cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación o con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios.

1.4.2.6.- El error en las causas de justificación y exculpación

El párrafo tercero del artículo 16-1) del Código penal dispone que *"El delito cometido por error vencible sobre las circunstancias que habrían justificado o exculpado el hecho, será sancionado como delito culposo cuando la ley lo conmine con pena."*.

En principio es buen aclarar que la doctrina dominante admite que el error puede recaer tanto sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, sobre los límites de las causas de justificación y sobre la existencia misma de una causa de justificación.

Habrá error sobre los *presupuestos objetivos de una causa de justificación*, cuando el sujeto crea erróneamente (aspecto subjetivo) que concurre una necesidad de ejercer defensa para salvar un derecho, pero en realidad (aspecto objetivo) esta necesidad no concurre. Por ejemplo, que el sujeto A camino a su casa a altas horas de la noche crea (subjetivo) que será asaltado por el sujeto B quien se le acerca rápidamente y por ello el sujeto A le agrede físicamente, pero en realidad (objetivo) se le acerca para preguntarle la hora (error en la legítima defensa).

El error sobre los *límites de una causa de justificación*, se dará por ejemplo cuando un policía por su condición, crea erróneamente que al margen de imponer una sanción a un conductor que estacionó su vehículo en un lugar no autorizado, puede también arrestarlo (ejerció de un derecho). O bien cuando alguien se defiende con un golpe y cree que el agresor reaccionara y sigue dándole de golpes, pero en realidad con el solo golpe era suficiente.

Sobre la *existencia misma de una causa de justificación*, se dará cuando por ejemplo el Centro de Estudiantes de la Carrera de Derecho, crean que pueden tomar el edificio de la Carrera y privar de libertad a sus autoridades por una justa reivindicación estudiantil.

En estos últimos casos, no se da ninguna causa de justificación, por ello, la opinión dominante se inclina a tratar estos casos por la vía del error de prohibición, bien excluyendo totalmente la responsabilidad o atenuándola en caso de ser vencible (Art. 16-2 C.P.).

Sin embargo, nótese que nuestro Código, sistemáticamente, ubica y trata el error sobre las causas de justificación como un error de tipo, por ello, lo central es establecer cuales las razones para que el legislador haya decidido considerar esta clase de error como un error de tipo.

El artículo 14 del Código penal establece que *"Actúa dolosamente el que realiza un hecho previsto en un tipo penal con conocimiento y voluntad…Sic"*. De esta concepción de dolo, se puede establecer que el *conocimiento y la voluntad* como elementos del dolo, consiste en el conocimiento de las circunstancias objetivas del tipo penal y conociéndolas el autor se propone a realizar el tipo penal, consiguientemente el dolo es conocimiento actual y real de los elementos del tipo en el momento del hecho. La culpa o delito imprudente estará integrado por la infracción de un deber objetivo de cuidado (Art. 15 C.P.), ambas formas de comisión punibles, es decir, que lo que se sanciona son las acciones dolosas o culposas. El artículo 16-1) establece que *"El error invencible sobre un elemento constitutivo del tipo penal excluye la responsabilidad penal por este delito. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor fuera vencible, la infracción será sancionada con la pena del delito culposo, cuando la ley lo conmine con pena…Sic."*.

Como se dijo, el dolo es conocimiento actual y real de los elementos del tipo en el momento del hecho, entonces es lógico que el error invencible sobre un elemento constitutivo del tipo penal excluya la responsabilidad penal, pues es inimaginable que sin dolo pueda imponerse sanción. Si el error fuere vencible, es decir, si el sujeto podía haberse percatado que realizaba el tipo penal será sancionado con la pena del delito culposo, porque la conciencia de la antijuridicidad potencial por ser el error vencible en ningún caso estará excluida, de ahí que

se decida sancionar con la pena del delito culposo. En otras palabras, el error vencible, hará que la conducta sea típicamente culposa y antijurídica.

Si esto es así, cabe preguntarnos por qué el Código trata el error vencible sobre las causas de justificación, como error de tipo y, cual el fundamento para sancionar con la pena del delito culposo el error vencible sobre una causa de justificación.

Al respecto la doctrina es discutida y parte básicamente de la valoración de la significación de la tipicidad y del tratamiento sistemático del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación.

Para la teoría del dolo, la conciencia de la antijridicidad es un elemento. Por tanto su ausencia evitable o no determina la exclusión del dolo y si el error es evitable la punibilidad será por el delito culposo.

Para la teoría de la culpabilidad, la conciencia de la antijuridicidad no afecta el dolo, porque no es elemento de este, el dolo no está integrado por la conciencia de la antijuridicidad. Por tanto, solo atenúan el reproche cuando el error es evitable y excluye la culpabilidad cuando es inevitable.

En base a estos dos criterios, la teoría de los elementos negativos del tipo, parte de la idea de que la tipicidad y atipicidad estará dada cuando se constata la concurrencia de todos los elementos positivos del tipo y cuando faltan los elementos negativos del tipo. Si en la acción concurre alguna causa de justificación, la conducta dejaría de ser típica; en otras palabras, los elementos negativos del tipo se basan en una causa de justificación porque estas forman parte del tipo penal. De esta manera se ingresa a una suerte de fusión entre tipicidad y antijuridicidad, porque como se dijo, la conciencia de la antijuridicidad es elemento del dolo. Por ejemplo si el sujeto A causa lesiones al seto B en legítima defensa, esta acción no será típica sino atípica porque concurre una causa de justificación, es decir, que éstas niegan los elementos positivos del tipo.

De esta manera, los requisitos *objetivos* de una causa de justificación (agresión, injusta, actual, inminente, etc.) serán entendidos como elementos negativos del tipo. En

consecuencia, el error invencible y vencible sobre las causas de justificación tendrá que ser tratadas como error de tipo y no de prohibición. En el ejemplo dado si el sujeto A causa lesiones al sujeto B creyendo que se defendía pero en realidad no era así (error en la legítima defensa por falsa percepción de la realidad), este error será un error sobre el *tipo de lesiones* y no sobre *la justificante,* si es invencible excluirá la responsabilidad por falta de dolo y culpa y si es vencible A será sancionado con la pena del delito culposo si la ley lo conmina con pena.

Nótese que nuestro Código sólo reconoce el error vencible sobre la causa de justificación y no el erro invencible, sin embargo considero que no habría impedimento alguno para considerar también los errores invencibles como se verá más adelante.

Por lo dicho, se concluye que nuestro Código, desde el punto de vista del tratamiento sistemático, equipara el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación al error de tipo, excluyendo el dolo y dejando subsistente la sanción establecida para el delito culposo en caso de ser vencible.

Por otra parte, ya se dijo que la conciencia de la antijuridicidad no afecta al dolo porque no es elemento de este. Esta corriente quiere significar que el dolo es un elemento de la tipicidad y la conciencia de la antijuridicidad es un elemento particular de la culpabilidad y, el dolo es siempre conocimiento actual de los elementos objetivos del tipo, mientras la conciencia de la antijuridicidad implica por lo general conocimiento potencial y actualizable en el momento del hecho.

Según esta posición, el error sobre las causas de justificación, no son errores sobre los elementos objetivos del tipo, sino un error sobre las circunstancias objetivas de la causa de justificación. En el primer caso del ejemplo, si el sujeto A causa lesiones al sujeto B en legítima defensa, esta acción será típica pero no punible, no porque se nieguen los elementos positivos objetivos del tipo penal de lesiones, sino porque la legítima defensa justifica su acción excluyendo la antijuridicidad; es decir, la conducta antijurídica se torna en jurídica por estar justificada. Lo propio ocurre cuando concurre error en la justificante, si el sujeto A causa lesiones al sujeto B creyendo que se defendía pero en realidad no era así (error en la

legítima defensa por falsa percepción de la realidad), este error será un error sobre la *justificante* y no sobre el *tipo de lesiones.* Pues se debe entender que el sujeto A en el momento del hecho tiene *conocimiento actual* del supuesto de hecho descrito en el tipo penal de lesiones y *quiere* lesionar, lo que ocurre es que hierra sobre la antijuridicidad de su conducta. En otras palabras, podríamos decir que el sujeto A, en el momento del hecho, por error, no puede comprender o no tiene conciencia de que su conducta no es adecuada a derecho, pues creía que se defendía.

Lo que ocurre es que muchas veces, la palabra "hecho" que aparece en el tercer párrafo del artículo 16-1) del Código, la entendemos como "hecho típico", pero en realidad este término se debe entender como "hecho antijurídico".

La posición estudiada, sostiene que el error sobre las circunstancias que habrían justificado el hecho antijurídico, debe ser resuelta por la vía del error de prohibición, pues el artículo 16-2) del Código, al utilizar los términos *"…sobre la ilicitud del hecho constitutivo del tipo penal…"*, hace referencia precisamente a la antijuridicidad y como se dijo la palabra "hecho" que aparece en el tercer párrafo del artículo 16-1) del Código se debe entender como "hecho antijurídico" .

Como conclusión se tiene que el error sobre una causa de justificación es un error sobre la antijuridicidad que no afecta al dolo y excluirá la responsabilidad cuando el error sea invencible y mantendrá la punibilidad atenuada en caso de error vencible conforme al artículo 39 del Código penal.

El mantenimiento de la punibilidad se sustenta en el error evitable, porque la norma se refiere a error sobre la antijuridicidad. Pero esta punibilidad no es conforme al delito culposo sino atenuado, porque el error vencible sobre la antijuridicidad no excluye el dolo.

Con relación al error sobre los límites y sobre la propia existencia de una causa de justificación, la doctrina se inclina porque estas sean resueltas por la vía del error de prohibición.

1.4.2.7.- Exclusión de responsabilidad en la parte especial

Muchas veces por ciertas circunstancias particulares, el tema de la exclusión de la responsabilidad no puede ser tratada exclusivamente desde la parte general del Código penal sino que este tratamiento es remitido a la parte especial en ciertos delitos.

Es el caso del artículo 178 del Código penal, que si bien sanciona la omisión de denuncia, sin embargo excluye la responsabilidad cuando se prueba que la omisión provino de un motivo insuperable.

Otro caso lo encontramos en el artículo 359 del Código penal, el cual excluye la sanción por los delitos de hurto, robo, extorsión, estafa, estelionato, apropiación indebida y daño, que recíprocamente se causaren: 1.- Los cónyuges no divorciados, los no separados legalmente o los convivientes. 2.- Los ascendientes, descendientes, adoptantes y adoptados y afines en línea recta. 3.- Los hermanos y cuñados, si vivieren juntos.

A este tipo de delitos la doctrina los llama delitos privilegiados, pues en ellos no concurre la necesidad de una prevención especial y general, pues la comunidad en sí por lo general tolera estos actos impidiendo de esta manera la disociación del núcleo familiar base de la sociedad.

El artículo 317 establece que no habrá lugar a sanción cuando los imputados contrajeran matrimonio con las víctimas, siempre que existiera libre consentimiento, antes de la sentencia que cause ejecutoria.

1.4.3.- La culpabilidad

A los fines del presente trabajo haremos un breve recorrido a las diferentes y más importantes concepciones sobre la culpabilidad penal, las cuales influyeron en nuestro sistema penal.

1.4.3.1.- Concepción psicológica de la culpabilidad

Franz Von Liszt sostiene que la infracción criminal, como el delito civil, es un acto *culpable*. No basta con que el resultado pueda ser *objetivamente* referido á la manifestación de voluntad del agente, sino que también debe darse *subjetivamente*, el nexo, en la culpabilidad del

autor[29]. En esta lógica, sobre la culpabilidad señala que culpabilidad en el más amplio sentido, es la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado. El juicio de culpabilidad expresa la consecuencia ilícita que trae consigo el hecho cometido, y se le atribuye á la persona del infractor. A la desaprobación jurídica del acto, se añade la que recae sobre el autor. Más adelante, agrega que la ciencia, que considera separadamente las características de la idea del delito, toma el concepto de culpabilidad en un sentido estricto, comprensivo, tan sólo, de la relación subjetiva entre el acto y el autor. Esta relación debe tomar como punto de partida el *hecho concreto*, pero al mismo tiempo sala fuera de él, dando entonces al acto el carácter de expresión de la *naturaleza propia del autor* y aclarando el valor metajurídico de la culpabilidad[30]. La centralidad de su argumentación la concluye diciendo que la relación subjetiva entre el hecho y el autor sólo puede ser *psicológica*; pero, si existe, determina la ordenación jurídica en consideración valorativa (normativa). Según ella, el acto culpable es la *acción dolosa ó culposa del individuo imputable*. De la significación sintomática del acto culpable, respecto de la naturaleza peculiar del autor, se deduce el contenido material del concepto de culpabilidad; este radica en el carácter asocial del autor, cognoscible por el acto cometido (conducta antisocial); es decir, en la imperfección del sentimiento del deber social necesario para la vida común en el Estado, y en la motivación antisocial, provocada por esa causa (en proponerse un fin contrario á los fines de la comunidad)[31].

En consecuencia, para Von Liszt, la imputación que estaría contenida en el juicio de culpabilidad, supone, por tanto, dos elementos: *la imputabilidad y la imputación*. La primera, dice, se da con aquel estado psíquico del autor que le garantiza la posibilidad de conducirse socialmente; es decir, con la *facultad* que tiene el agente de *determinarse*, de un modo general, por las normas de la conducta social, ya pertenezcan éstas a los dominios de la religión, de la moral, de la inteligencia, etc., o a los dominios del derecho. Mientras que la

---

[29] Von Liszt Franz, ***Tratado de Derecho Penal***, 2da edición alemana, Tomo II, traducido por Luis Jiménez de Asúa, Hijos de Reus Editores, Madrid, España, 1916, p. 375.
[30] Idem, p. 376.
[31] Idem. p 376.

imputación se da cuando el autor *conocía* la significación antisocial de su conducta, ó cuando hubiese *podido y debido conocerla*; es decir, cuando el agente, en el caso concreto, no ha sido determinado por las normas de la conducta social. De este modo, a decir de Von Liszt, quedan fijados los fundamentos de las dos especies de culpabilidad: el dolo y la culpa[32].

Finalmente, sostiene que el concepto de culpabilidad, tomado en este sentido, es completamente independiente de la hipótesis del libre albedrío. La culpabilidad no exigiría más que el supuesto, incontrovertible e incontrovertido, de que toda conducta humana es determinada ó determinable por las representaciones generales, y, por consiguiente, también, por las representaciones de la religión, de la moral, del derecho, etc.

Si bien la concepción psicológica de la culpabilidad, entendida como la relación subjetiva entre el acto y su autor, relacionando de esta manera al autor con el resultado de su conducta, fue según opinión dominante dejada en el olvido, es decir, superada; sin embargo, lo que aquí interesa es el discurso encubierto en torno a la medida de la culpabilidad en base a la naturaleza propia del autor. Al respecto se tiene algunos ejemplos: la sentencia N° 21/2013 de 2 de septiembre, pronunciada en el caso de *"La borrachera en la Asamblea Departamental de Chuquisaca"*, en contra de un ex asambleísta[33], en la cual el juzgador, invocando el artículo 40 del Código Penal pero sin especificar numeral, hace referencia a la condición de indígena del sentenciado, se dice que cuenta con estudios básicos, lo cual acredita instrucción, aunque sea mínima, por tanto no está acreditada su ignorancia de la ley, por consiguiente se consideró su constitución particular, es decir, su naturaleza indígena. Del mismo modo, el caso FONDIOC y los discursos que se van hilvanando en torno al mismo son desconcertantes, así el vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia, Álvaro García Linera, afirmó que "…hay una mezcla de ambición personal de algunos dirigentes e ingenuidad administrativa. Falta de experiencia". Es desconcertante porque la ambición

[32] Idem, p. 377.
[33] Ortega Sivila Carlos E, "Evaluación crítica de un proceso penal: la "borrachera" en los ambientes de la Asamblea Departamental de Chuquisaca", en: *Punitivismo en Bolivia*, Servicios Gráficos "IMAG", Sucre, Bolivia, 2014, pp. 17 a 52.

tendría que hacer crecer la medida de la culpabilidad del indígena o del campesino y su ingenuidad tendría como efecto disminuir la culpabilidad. Dejemos, nuevamente, hablar a Von Liszt:

> *"…el determinismo está enteramente facultado para formular la reprobación jurídico-social que recae sobre el acto y el autor, contenida, en último término, en el juicio de culpabilidad… Pues aquel es el único que puede poner el acto aislado en relación con toda la personalidad psicológica del autor; sólo él consigue establecer una medida para la culpabilidad, que crece o disminuye, según que el acto sea, más o menos, la expresión de la naturaleza propia y estable del autor; por eso solo él puede conducir á una distinción apropiada dentro de los delincuentes, según la intensidad de su tendencia criminal (asocial), y por consiguiente, sólo él puede proporcionar un fundamento sólido á la Política criminal."*[34].

En cuanto a los casos de inimputabilidad, Von Liszt, al margen de analizar la falta del desarrollo mental y la falta de salud mental prevista en el Código Penal imperial, ya analizaba la falta de madurez espiritual como causa de retraso del desarrollo, aspecto que le remitía a considerar el caso de los individuos pertenecientes a una tribu salvaje. Decía:

> *"Como la ley sólo habla expresamente de sordo-mudos, no es aplicable a otros casos de retraso del desarrollo (piénsese, en el individuo perteneciente á una tribu salvaje, en el hombre que creció en completo aislamiento, etc.); sin embargo, en caso de que falte la imputabilidad, naturalmente que también habrá lugar entonces á la absolución…".*[35]

No perdamos de vista que el discurso jurídico filosófico de Von Liszt estaba influenciado por el positivismo naturalista de gran influencia en la Alemania de aquel tiempo y que nada tenía que ver con nuestra realidad nacional. Pero no es ninguna coincidencia el contenido del Decreto Supremo de 1 de septiembre de 1941, dictado por el General Enrique Peñaranda, el cual ordenaba la redacción de anteproyectos de códigos nacionales. Para este cometido se contrató al profesor español Manuel López Rey y Arrojo. La parte considerativa de dicho

---

[34] Ob. Cit., Von Liszt, ***Tratado de Derecho Penal***, p. 378.
[35] Idem, p. 393

decreto es reproducida y explicada por el profesor Fernando Villamor Lucía en los siguientes términos:

> *"…las leyes substantivas y procedimentales que norman el régimen jurídico de la República, datan de la administración del Mariscal Santa Cruz, las mismas que ya no se conforman con la realidad social del país… tomando por bases los principios fundamentales de la Constitución Política del Estado, encarar la reforma de los códigos y la redacción de otros nuevos, consultando, además, las conclusiones establecidas por la Jurisprudencia Nacional aplicando los principios de la ciencia del Derecho, al medio que se legisla. Reiteraba la urgencia de dotar al país de instrumentos legales y técnicos acordes con el grado de progreso social alcanzado y sus perspectivas de desarrollo."*[36].

Pero qué se entendía, en la Bolivia del siglo XX, por progreso y desarrollo, quiénes eran los sujetos de este progreso y desarrollo. Veamos lo que opinaba el señor López Rey y Arrojo:

> *"[…] el problema penal de este –haciendo referencia a los indígenas (n/r)- puede […] ser resuelto, siguiendo dos tendencias doctrinales […] una que propugna […] una legislación penal de índole protectora y que parte de una incapacidad general del indio, de su inimputabilidad, sometiéndolo exclusivamente a medidas de seguridad […] de un positivismo general a base todavía de Ferry y Lombroso [en alusión al trabajo de Medrano Ossio expresado en su La responsabilidad penal de los indígenas] Frente a la anterior tesis "proteccionista", se halla la otra tendencias que aun partiendo de otra situación de inferioridad del indio, no cree que sea absoluta […] es preferible la seguridad…"*[37].

Por su parte José Medrano Ossio, con relación a los indígenas, sostenía:

> *"[…] viven al margen de las actividades sociales y políticas […] no participa (sic) de los beneficios de la civilización; es un INADAPTADO a todos los artificios de la sociedad actual porque padece de una timidez congénita y de una tristeza absoluta […] Tiene una absoluta INCAPACIDAD para darse cuenta de la realidad […] está dominado por el fanatismo de las*

---

[36] Villamor Lucía Fernando, ***La Codificación Penal en Bolivia***, Editorial Popular, La Paz – Bolivia, 1977, p. 181.

[37] Chivi Vargas Idón Moisés, ***Diagnóstico del Código Penal Boliviano desde la Pluralidad y el Pluralismo Jurídico***, Ministerio de Justicia – República de Bolivia Viceministerio de Justicia y Derechos Humanos, GTZ – Bolivia, Bolivia, 2008, p. 9.

> *ideas religiosas degeneradas […] sus facultades mentales han quedado paralizadas […] la coca y el alcohol han hecho estragos en su organismo y han debilitado sus funciones psíquicas, en especial su inteligencia […] perturbaciones que son en él de carácter permanente."*[38].

Y qué opinaba Manuel Duran Padilla:

> *"[…] no se ha hecho un estudio serio acerca del indio ni una investigación sobre sus verdaderas características psicológicas […] si se tiene en cuenta que el indio es en general un introvertido y parece vivir en una perpetua abstracción dentro de su mundo interior, lo que hace muy difícil conocer su personalidad real. Tampoco se sabe mucho acerca de la influencia del medio que pesa y ha pesado cruelmente sobre él desde varios siglos atrás."*[39].

Lógica argumentativa que quedó plasmada en la reforma penal de 1972, con su resabio contenido en el artículo 40 numeral 4 del actual Código Penal.

Bajo este arsenal conceptual, es claro entender que para los profesores universitarios, Manuel Duran Padilla, José Medrano Ossio, entre otros, el indígena originario y el campesino boliviano, no podían, por su falta de capacidad, ser sujetos de desarrollo y progreso de la Republica de Bolivia, pues son incapaces, inadaptados y viven en un perpetua abstracción; paradójicamente, como ya mencionamos, Álvaro García Linera justifica, desde la *ingenuidad de los actores*, los hechos delictivos cometidos en el Fondo Indígena. Entonces, cómo construir un Estado Plurinacional sustentado en los principios de solidaridad, igualdad, reciprocidad, transparencia, igualdad de oportunidades, equidad social en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, *para* vivir bien, si la administración de la cosa común es confiada a personas ingenuas y se justifican ciertos actos delictivos en su ingenuidad.

---

[38] Idem, p. 10.
[39] Idem, p. 11.

El actual Código Penal boliviano, como todos sabemos, supera el determinismo naturalista y considera imputable a toda persona que en el momento del hecho pueda comprender la antijuridicidad de su acción o conducirse de acuerdo a esta comprensión, reconociendo como atenuante general, a favor de los indígenas, su falta de instrucción y su ignorancia de la ley. Sin embargo, consideramos que esta atenuante es un resabio del determinismo naturalista, pues qué se debe entender por conocimiento y cuál es la verdad de las cosas desde una concepción pluralista del Estado boliviano, es decir, cuál el punto de partida para analizar el conocimiento sobre las cosas, tomando en cuenta o mejor dicho el reconocimiento de diversas identidades culturales en la Bolivia de hoy, nos parece que la atenuante contenida en el artículo 40 num. 4) del Código Penal es prácticamente inaplicable. El análisis de este aspecto lo dejamos para más adelante, pero sienta las bases para analizar la concepción normativa de la culpabilidad como una superación a la concepción psicológica de la culpabilidad.

1.4.3.2.- Concepción normativa de la culpabilidad

A decir de Gonzalo De Fernández, Reinhard Frank es unánimemente reconocido como el fundador de la teoría normativa de la culpabilidad, en su opúsculo que trataremos ahora, renueva los lineamientos sobre la teoría de la culpabilidad, este trabajo aparece en el libro homenaje a la facultad de Derecho de Giessen en el año 1907[40].

El punto de partida o el núcleo central de la crítica de Reinhard Frank es la limitación del concepto de culpabilidad a la faz interna, pues lo que se precisa saber es en qué circunstancias la justicia vincula la responsabilidad. La doctrina dominante, dice Frank, no puede resolver de manera satisfactoria cuáles son esas circunstancias que deben concurrir para establecer responsabilidad penal, pues la doctrina dominante encuentra en la esencia de la culpabilidad una relación psíquica del autor con algo que está ubicado fuera de su personalidad; además,

[40] D. Fernández, Gonzalo, *La Fundación de la Teoría Normativa de la Culpabilidad*, en: Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad, BF editores, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 16.

existe gran coincidencia acerca de la relación que media entre el concepto de culpabilidad, por un lado, y los conceptos de dolo y culpa, por el otro. Aquel es considerado como un concepto genérico, y estos últimos, como conceptos de especie. Por otro lado, el otro giro de la doctrina dominante, considera que la culpabilidad debe ser abarcada por los conceptos de dolo y de imprudencia, que no contiene otra cosa que los conceptos accesorios de dolo y de imprudencia. Así, observa que todos los hechos que podrían ser de importancia para la apreciación jurídica de la acción, es decir, las *circunstancias concomitantes*, están fuere del concepto de culpabilidad[41].

En este sentido, para que el concepto de culpabilidad pueda englobar esas otras circunstancias y establecer, a partir de ellas, responsabilidad, Frank propone:

> *"En la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero no conozco otra mejor."*[42].

Explica el concepto de reprochabilidad, es decir, el sentido en el que debe ser entendido:

> *"[…] el concepto de reprochabilidad aparece para nosotros solamente como un breve resumen de cada uno de los distintos elementos de la culpabilidad. Este concepto no tiene valor en sí mismo, sino solamente en referencia a lo que quiere caracterizar…Sic."*[43].

Para entender los distintos elementos de la culpabilidad desde el concepto de reprochabilidad, se debe observar, nos dice Frank, el uso del lenguaje en la vida cotidiana e investigar los términos que al mismo tiempo tengan un significado jurídico. Ejemplifica con una circunstancia fáctica:

---

[41] Reinhard Frank, ***Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad***, BF editores, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 25 a 27.
[42] Idem, p. 39.
[43] Idem, p. 40.

El cajero de un comercio y un portador de valores realizan, cada uno por su lado, una defraudación. Este último posee un buen pasar y no tiene familia, pero sí amoríos suntuosos. El primero, en cambio, se gana apenas la vida, tiene una mujer enferma y numerosos hijos pequeños. A pesar de que cada uno de ellos sabe que se apropió ilícitamente de dinero ajeno, con relación al dolo no existe diferencia alguna. En este caso todos dirán que el cajero tiene una culpabilidad menor que el portador de valores, puesto que ella es morigerada por las circunstancias desfavorables en las cuales se encontraba; mientras que la culpabilidad del segundo (portador de valores), por el contrario, es agravada gracias a su buena situación financiera y sus inclinaciones lujosas[44]. En base a este ejemplo, sostiene que sería extraño que la interpretación básica de ese lenguaje común no encontrara eco también en la ley. Es lógico. La ley incrementa o disminuye la punibilidad teniendo en consideración las circunstancias concomitantes, pero esto no significa que les acuerde, sin más, influencia directa sobre la culpabilidad. Entonces es muy posible observar en esto la expresión de un incremento o una disminución del interés en la no realización del hecho[45].

Por otra parte, Frank sostiene que la antijuridicidad no es un elemento positivo del tipo, pero su ausencia si es negativa, y esto debe significar que: "cuando la ley añade una amenaza de pena a la acción, es decir, una suma de circunstancias de hecho que conjuntamente forman un tipo penal, entonces aquella pena se aplica cuando la citada acción prevista en la ley ha ocurrido, puesto que ella es antijurídica, debido a su sola existencia sin que sea necesario que se agregue un plus que sólo sabe Dios de dónde provendría. Pero si viene algo distinto de otro lado, v. gr., un precepto legal que excluye la antijuridicidad bajo circunstancias especiales, entonces esta exclusión de antijuridicidad, según mi opinión, suspende la idea de delito"[46].

En otros términos, podemos decir que una acción realizada en circunstancias normales, es decir, cuando una acción infringe la norma contenida en el tipo penal es, por regla general,

[44] Idem, p. 28.
[45] Idem, p. 29.
[46] Idem, p. 50.

antijurídica, aspecto que habilita la reprochabilidad de la conducta. Pero como sostiene Frank, existen circunstancias especiales que están reconocidas por preceptos legales especiales que excluyen la antijuridicidad y por tanto suspenden la idea de delito. Estos criterios le llevan a sostener que la defensa necesaria o el estado de necesidad son circunstancias anormales reconocidas por el legislador, faltando así la culpabilidad. Sostiene:

> *"A la culpabilidad le corresponde la naturaleza de las circunstancias bajo las cuales se realiza la acción. Anormales son, según el concepto del legislador, las circunstancias concomitantes que para el autor (o a veces también para un tercero) significan un peligro. El que en estado de necesidad, para salvarse de un peligro, realiza una acción normalmente punible, no actúa culpablemente, así como tampoco quien actúa en forma idéntica en una situación de defensa necesaria. Aquí falta la culpabilidad, porque no se le puede reprochar al autor haber actuado bajo estas circunstancias."*[47].

Con relación al error sobre las circunstancias concomitantes, Frank postula una inculpación por imprudencia ya que el dolo solo se refiere a un error sobre las circunstancias de hecho. Por otra parte, sostiene que el desconocimiento del precepto prohibitivo impide el juicio de reproche, porque la reprochabilidad de un comportamiento no depende sino del conocimiento de la norma legal prohibitiva, puesto que quien no conoce una norma como una norma jurídica la puede conocer como una norma ética[48].

Consiguientemente, habrá lugar a realizar juicio de reprochabilidad cuando la acción que infringe el precepto prohibitivo contenido en el tipo penal se ha realizada de manera libre, con conocimiento y voluntad, es decir, circunstancias personales normales, y además circunstancias fácticas normales; pues de concurrir dichas circunstancias en el momento de la acción, puede dar lugar a un juicio disminuido de reproche o a excluir la culpabilidad, puesto que el conocimiento del hecho no es el único determinante para hacer juicio de reprochabilidad. Así, los elementos que contiene la culpabilidad serían:

---

[47] Idem, p. 51.
[48] Idem, pp. 52, 55.

> ***1.-*** *una aptitud espiritual normal del autor, imputabilidad. Si ella existe en alguna persona, entonces está dicho que su comportamiento antijurídico puede ser convertido, en general, en reproche;* ***2.-*** *una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o la posibilidad de ésta, conforme lo cual aquél discierne sus alcances (dolo), o bien los podría discernir (imprudencia);* ***3.-*** *la normalidad de las circunstancias bajo las cuales el autor actúa. Lo que es posible en general, en caso particular puede ser imposible; así, no cabe reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes hayan sido un peligro para el autor o para una tercera persona y la acción prohibida ejecutada los podía salvar (estado de necesidad)*[49]**.**

Véanse los artículos 11, 12, 13, 16 párrafo tercero, 17 y 37 al 40 de nuestro actual Código Penal para entender cómo la concepción normativa de la culpabilidad ha influenciado en el Derecho Penal boliviano hasta nuestros días.

Podemos concluir este acápite diciendo que la responsabilidad de toda persona, según la concepción acabada de exponer, parte de un Yo absoluto, no existe nada en el mundo que pueda cuestionar la voluntad personal, pues se es libre de cumplir el mandato contenido en la norma penal o se es libre de infringirlo, salvo las circunstancias personales o las concomitantes que puedan poner en peligro su propio ser, el error de hecho sobre estas circunstancias o el error de derecho, pero las consideraciones de estas circunstancias tienen como punto de partida y de llegada el ser personal. Aquí el Otro no cuenta, el fundamento de la acción responsable es el conocimiento o el desconocimiento de la norma porque la responsabilidad es adjudicada a un hombre lúcido y consciente, que actúa con mesura, teniendo en cuenta todos los elementos de la situación fáctica, no considera que la responsabilidad es anterior a toda acción consciente y voluntaria y que esta responsabilidad está determinada por el Otro, en tanto que todo sujeto es sujeto social. Dicho de otro modo, el indígena y el no indígena, el criollo y el mestizo, el europeo y el no europeo es responsable y su responsabilidad es anterior a toda norma y está determinada precisamente por el Otro, por el indígena y el no indígena, por el mestizo y por el criollo, etc. Véase que el indígena,

[49] Idem, p. 41.

conforme a la concepción normativa, ya no es considerado como inimputable, pero en cuanto carente de instrucción e ignorante de la ley, su acción puede ser atenuada.

1.4.3.3.- Concepción finalista de la culpabilidad

Hans Welzel es considerado como el fundador de la teoría finalista del Derecho Penal. Recordemos que para él, el Derecho Penal persigue, en primer lugar, amparar determinados bienes de la vida de la comunidad, tales como la existencia del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los llamados bienes jurídicos), determinando para su lesión consecuencias jurídicas (el disvalor del resultado). Por encima del amparo de los bienes jurídicos individuales concretos, dice Welzel, está la misión de asegurar la validez real (la observancia) de los valores del actuar según el pensamiento jurídico. Ellos constituyen el más sólido fundamento sobre el que se basan el Estado y la sociedad. El mero amparo de bienes jurídicos sólo tiene una finalidad negativo-preventiva, policial-preventiva. En cambio el papel más profundo que juega el derecho penal es de naturaleza positivo-ético-social, proscribiendo y sancionando el apartamiento realmente manifestado de los valores fundamentales del pensamiento jurídico, el Estado exterioriza del modo más ostensible de que dispone, la validez inviolable de estos valores positivos de acto, forma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su sentimiento de permanente fidelidad al derecho. Detrás de la prohibición de matar, está el pensamiento primario, que tiende a asegurar el respeto por la vida de los demás; es decir, el valor del acto; precisamente por eso, es también homicida quien mata arbitrariamente a alguien cuya vida carece socialmente de valor, como la de un criminal condenado a muerte. Este razonamiento le lleva a cuestionar a la filosofía del derecho el haber invocado incorrectamente a Kant, limitando el concepto del sentir al sentir moral, pasando por alto que el sentir moral es solamente una especie del sentir. Sentir, entendido como estar dispuesto, o resuelto, o querer, es la conducta psíquica permanente, el modo constante de valorar y querer. En este sentido hay también un sentir legal (jurídico), consistente en la voluntad constante de cumplir los deberes jurídicos. Para este sentir *jurídico*,

resulta indiferente que los motivos determinantes sean más bien los del interés egoísta, o los de la conciencia del valor (del cumplimiento del deber)[50].

Critica el determinismo tradicional, pues este, precisamente, destruye el sujeto responsable. Sostiene:

> *"si el acto de voluntad del hombre ha de ser determinado por nada, entonces el acto posterior de voluntad no puede estar relacionado en forma alguna con el anterior, ni inmediatamente, ni pasando por un sujeto idéntico, porque tendría que estar determinado por algo. El estado posterior del sujeto no debe entonces tener absolutamente nada que ver con el anterior del que surgió la primitiva decisión. Pero aceptando esto, el indeterminismo destruye, precisamente, el sujeto idéntico al que podría hacerse responsable de sus hechos, pues el autor posterior no tiene ninguna relación, según ese punto de vista, con el primitivo. El indeterminismo convierte los actos de voluntad en una sucesión absolutamente independiente de choques individuales en el tiempo. Nos acercamos a la solución, sólo por la comprensión de la superposición de varias formas de determinación. El error del determinismo tradicional radica en aceptar que existe solamente una forma de determinación, que suele verse desde el comienzo de los tiempos modernos en la causalidad, vale decir, en el monismo causal…Sic."*[51].

El problema, dice Welzel, se deja demostrar con especial claridad en la estructura del conocimiento, al respecto ejemplifica con el acto de escribir una palabra equivocadamente, la falta de concentración sería una causa del error, la causa es anterior, pero si me doy cuenta del error me puedo dominar, aún la causa persista, pero venzo el error por un acto dirigido por el sentido. Aquí interviene, según Welzel, una nueva forma de determinación:

> *"el resultado ya no es la resultante ciega de vinculaciones asociativas anteriores, sino el contenido intencionado del sentido; por lo tanto, la meta que está ante la vista determina la ejecución del acto. Esta clase de determinación rige generalmente en actos de conocimiento: la comprensión de la relación interna de un objeto no es el resultado de vinculaciones asociativas anteriores o de otros factores causales, sino que se determina por sí misma, en*

---

[50] Ob. Cit., Welzel Hans, ***Derecho Penal Parte General***, pp. 3 a 5.
[51] Idem., p. 158.

forma "vidente", según el objeto que está ante la vista. Los elementos del objeto y sus relaciones materiales son los fundamentos de conocimiento sobre los que el acto de pensar apoya sus pasos individuales. No son causas ciegas, como en las vinculaciones asociativas, las que determinan los pasos del pensar, sino que se determinan por sí mismos, de acuerdo con la lógica, según el contenido material de los hechos que en el momento se tienen delante…sic."[52]**.**

Volviendo al ejemplo propuesto por Welzel, si mi falta de concentración es causa del error ortográfico, es mi deber superar esta causa, y si no conozco cómo se escribe correctamente la palabra, es mi deber ser responsable en adquirir conocimiento, revisar el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y así escribir correctamente la palabra. En palabras de Welzel, es la capacidad de actuar conforme al sentido, es la autodeterminación de actuar conforme al sentido, en este caso conforme a las reglas del diccionario oficial, porque el conocimiento es una tarea dada al sujeto, es decir, una responsabilidad que debe ser asumida. Véase que no se trata de la libertad de acción, es decir, poder actuar de una u otra forma, sino de la voluntad.

Por otra parte, Welzel no niega que el delito sea también producto de factores causales, al respecto, analizando la relación de la ciencia del derecho penal y la criminología, sostiene que:

"Las afirmaciones de ambas ciencias parecen estar en una tensión extraña, hasta en contradicción entre sí. Cada una de ellas trata el mismo objeto en forma distinta, no sólo metódicamente, sino según parece, también materialmente como a un objeto distinto. En el derecho penal el delito es el abuso de la libertad, que es reprochado al autor como culpabilidad y retribuido con pena; en la criminología se presenta con todo sentido como producto causal de predisposiciones y ambiente. Por eso ambas afirmaciones, por contradictorias, parecen excluirse […] en verdad no existe ninguna contradicción. Culpabilidad no significa decisión "libre" a favor de lo malo, sino quedar dependiente de la fuerza causal de los impulsos, de parte de un sujeto que es capaz para la autodeterminación adecuada al sentido. El delito es por eso efectiva y completamente el producto de factores

[52] Idem, p. 159.

> *causales, y por eso la aceptación o, más aún la indicación por cifras en porcentaje que indica hasta qué grado, además de la predisposición y el ambiente, está también participando la "voluntad libre del autor" en la producción del delito, no pasa de ser un extraño juego […] el hombre, como ser determinado a la autorresponsabilidad, está existencialmente en condiciones de sobreformar en forma finalista (adecuada al sentido) la dependencia causal de los impulsos. Culpabilidad no es un acto de la determinación libre del sentido, sino, precisamente, la falta de la determinación del sentido en un sujeto autorresponsable."*[53].

Culpabilidad es por tanto:

> *"la falta de autodeterminación adecuada al sentido, en un sujeto que es capaz para esta determinación de acuerdo con el sentido. No es una decisión adecuada al sentido a favor de lo malo, sino el permanecer dependiente y adherido, el dejarse llevar por impulsos contrarios al valor."*[54].

Y el objeto de la reprochabilidad es, por consiguiente:

> *"la voluntad de acción, dolosa o no diligente"*[55].

Como la comprensión de un objeto se da de manera interna, conciencia-objeto, para querer debo representarme previamente lo que quiero, para actuar debo representarme necesariamente lo que se va a hacer y para desear debo representarme el objetivo; este actuar, querer y desear que está ante la vista, determina la ejecución del acto. Por ejemplo cuando el juez que, pese a gozar de una buena vida porque recibe un buen salario, para disponer la cesación a la detención preventiva o para imponer una medida cautelar sustitutiva a la detención preventiva, solicita que el imputado le entregue unos dólares, quiere el dinero porque se representa previamente lo que quiere, inclusive en perjuicio de la víctima, queda dependiente del impulso contrario al valor de acto, es decir, de la codicia, su actuar le es reprochable porque podía liberarse del impulso contrario al valor y así dirigir su voluntad de

[53] Idem, pp. 162, 163.
[54] Idem, p. 161.
[55] Idem, p. 168.

acuerdo al deber jurídico. Pero **¿**es cierto que la relación interna con el objeto es la *primera relación* y lo que está a la vista (el objeto) determina la ejecución del acto**?**

La relación interna con el objeto parte de una representación y los modos de la representación no pueden ser la primera relación, por tanto no pueden determinar la ejecución del acto. La relación, la primera y verdadera relación que determina el actuar es la relación con el otro (víctima-imputado), pero esta relación no se refiere al simple contacto sujeto-sujeto (juez-víctima-imputado), sino a un contacto que va más allá de la visión, este contacto llega a la comprensión de la miseria y la desgracia que resulta del delito y que afecta a la víctima, al imputado y a la sociedad, por tanto, lo que determina la ejecución del acto es la falta de responsabilidad por el otro. Aquí no se desconoce que existan factores causales, como la codicia del juez, o que en garantía de la dignidad humana tenga que existir una norma jurídica taxativa, pues la propia norma surge de una deliberación y fundamentación con base material ética referida a la producción y desarrollo de la vida. De ahí que cuando la Juez Tercero de Instrucción en lo Penal, con asiento en Sucre, decidió no aplicar retroactivamente la ley Anticorrupción N° 004[56], fue por la responsabilidad frente a los imputados y no por su determinación conforme al sentir del deber jurídico, se alejó del sentimiento del constituyente, pues de haber obrado conforme al sentir del deber jurídico, debió haber aplicado retroactivamente dicha ley, ya que así manda el artículo 123 de la Constitución Política del Estado. La autodeterminación no se da a sí misma, sino en la resistencia del otro que paraliza los poderes. Véase que si bien la Constitución establece mínimos éticos que garantizan la estabilidad social, sin embargo, las sociedades viven de relaciones interhumanas de bondad y justicia en sus actos. La conciencia, donde se producen los conocimientos, las respuestas, las representaciones y los resultados, es un psiquismo insuficiente. La conciencia es también inquietud y no indiferencia, que es más que representación[57].

---

[56] Ob. Cit. Ortega Sivila Carlos E., ***Punitivismo en Bolivia***, p. 139.
[57] Parra Fredy, ***El tiempo, el otro y la muerte a través de Emmanuel Levinas***, en Teología y Vida, vol. L, núm. 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009, p. 580.

Acabamos de sostener que la relación, la primera y verdadera relación que determina el actuar es la relación con el otro, pues por principio, el actuar responsable es actuar conforme a las exigencias del otro. Este aspecto nos lleva a analizar el normativismo funcionalista de Günther Jakobs, ya que para él la sociedad no está conformada por relaciones sociales, sino por relaciones normativas.

1.4.3.4.- Concepción funcionalista de la culpabilidad

Günther Jakobs, apoyado en la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, funda la teoría funcionalista del derecho penal, teoría que le permite sostener que la sociedad, a diferencia de lo sostenido por las filosofías entroncadas en Descartes y de Hobbes a Kant, ya no puede entenderse adoptando el punto de vista de la consciencia individual, como un sistema que puede componerse de sujetos que concluyen contratos, producen imperativos categóricos o se expanden de modo similar. Desde este punto crítico, sostiene que:

> *"[…] el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad […] la constitución de la sociedad (del mismo modo que la de personas o incluso de sujetos) tiene lugar a través de normas […]"*[58].

De esta manera, Jakobs entiende a la sociedad como un sistema normativo que está compuesto por varios subsistemas normativos, entre ellas, las personas y el derecho penal, siendo el delito una acción que cuestiona el sistema social, por lo que el sistema requiere reaccionar ante el hecho delictivo, entendido como defraudación del rol asignado a cada persona, para autoafirmar su vigencia. De esta manera, Jakobs asigna, al Derecho penal, la función de contradecir toda acción que contradice la vigencia normativa del sistema, y asigna a la pena la sola función de autocomprobación. Vista la configuración y complejidad actual de la sociedad, son inimaginables los conflictos sociales que se nos presentan, pero siguiendo

---

[58] Jakobs Günther, ***Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional"***, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. En: ***Moderna Dogmatica Penal***, ***estudios compilados***, 2° Ed., Ed. Porrúa, México, 2006, pp. 3 y 8.

siempre a Jakobs, todo problema es siempre un problema del sistema social, por lo que la solución a dichos conflictos debe tomar en cuenta siempre la normatividad jurídica, ya sea externa o interna, por ejemplo, desde la Constitución Política del Estado o desde el Derecho penal como sistema jurídico especial. Al respecto Jakobs:

> *"La prestación que realiza el Derecho Penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a concebirse a sí misma de otro modo. En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características […] Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias; significa una autocomprobación. […] Sea como fuere, la solución de un problema social a través del Derecho penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad. Por lo tanto, es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad […] cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social, del mismo modo que a la inversa el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideren indisponibles […]"*[59].

Otro aspecto que interesa al presente trabajo es, siempre desde la visión funcionalista del Derecho penal, la construcción de la subjetividad, la validez de las normas del Derecho penal en sociedades concretas y totales y su concepción de persona. Para comprender la visión de Jakobs sobre estos temas, hagamos un pequeño y general repaso a la concepción aristotélica y hegeliana sobre el individuo y la sociedad.

---

[59] Idem, pp. 4 y ss.

Para Aristóteles, todas las relaciones sociales del hombre son potencialmente políticas, es decir, son relaciones de autoridad, de gobierno, de poder, compuestas de desigualdades y asimetrías, por tanto, reconoce desigualdades naturales que se resuelven en un ámbito de lucha. Del mismo modo, con la idea de prioridad de la comunidad sobre el individuo, el hombre al ser un animal social, solo a través de la comunidad constituye su propia identidad como ser libre, separado y autónomo, aquí, si bien se reconoce que el hombre nace libre e igual, para desarrollar estos derechos inherentes se requiere de una sociedad. Es esta sociedad (del tipo que sea) donde el hombre adquiere y orienta su identidad moral, convirtiéndose en ser autónomo y libre. Mientras que Hegel exalta la libertad individual pero nunca al margen de la estructura social e histórica, rechazando de este modo el subjetivismo y la convicción particular, porque tienen como consecuencia la destrucción de la eticidad del orden público y de las leyes del Estado. Jakobs nos recuerda la sentencia de Aristóteles: "Quien no puede vivir en la comunidad o no necesita de ella o es animal o Dios" y la formulación de Hegel: "El mandato del Derecho es por tanto: sé una persona y respeta a los demás como personas".

Con relación a la subjetividad, tomando los postulados de Aristóteles y Hegel, Jakobs sostiene que la subjetividad es presupuesto y consecuencia de la socialidad, pero, en tanto que la sociedad está en permanente funcionamiento, la socialidad también es proceso mediado por la comunicación, pues en su trasfondo aparece el sentido subjetivo. Dicho de otro modo, *la subjetividad también se construye por la mediación de las normas*, de lo contrario no se podría hablar de sociedad, es decir, de lo público, del Estado. Recordemos que, según el funcionalismo de Jakobs, los seres humanos se encuentran en el mundo social en condiciones de *portadores de un rol*, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado standard[60]. Me administro y administro, en sociedad, en base a normas. Al respecto sostiene que:

[60] Jakobs Günther, ***La Imputación Objetiva en el Derecho Penal***, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 25.

> *"El pensamiento pluralista habitual en sociedades parciales […], entiende la comunidad como privacidad. De este modo, quien es socializado en estas sociedades se convierte en alguien especial; precisamente, en un sujeto privado, que trata habitualmente con otros sujetos privados: la revelación del ámbito de lo privado se convierte en un divertimento recíproco, y el objeto de la socialización es el "soy como soy". Hablando en términos aristotélicos, habrá que referirse a la formación de grupos de animales y dioses, pues la comunidad de ARISTÓTELES es lo público, el Estado. Este ya no puede concebirse –a diferencia de lo que aún Hegel intentó- como algo sagrado para el sujeto, pero esto, a su vez, tampoco significa que exista una alternativa plausible al principio de la juridicidad en el sentido de la sociedad civil. El sujeto debe alcanzar este conocimiento laboriosamente y por sí mismo; de lo contrario, la juridicidad es para él una mera coacción, convirtiéndose en animal, o es nula, y entonces actúa como Dios. Quien no puede fundamentar ningún principio de comunidad pública, no es sujeto en el ámbito público, y quien solo conoce un principio fantástico, tampoco lo es fuera del ámbito de lo fantástico."*[61]**.**

Con relación a la validez de las normas jurídicas, se entiende que estas responden a una determinada y concreta sociedad, sintetizada en el Estado, pues es la sociedad concreta quién ha generado dichas normas, por ello mismo el Derecho penal se constituye en un mecanismo de estabilización social, de auto reconocimiento social. Así Jakobs sostiene:

> *"[…] el Derecho penal tampoco puede constituirse en la base de una revolución social; pues en cuanto ya no contribuya al mantenimiento de la configuración de ésta (aunque, desde luego, se trate de una configuración susceptible de evolucionar), falta ya la base sobre la cual podría iniciarse con éxito una revolución. […] Quién –sin que ello le sea imputable- no tiene posibilidad alguna de adquirir suficientes medios de subsistencia, difícilmente podrá respetar como persona a aquél que defiende su opulencia, sino que comenzará una lucha por el reconocimiento. Es evidente que esta cuestión, y otras muchas más que se imponen como una avalancha, no pueden ser resueltas en el plano interno del Derecho penal, y que por ello tampoco puede alinearse al Derecho penal conforme a un modelo social que el intérprete estima ideal: no se trata del Derecho penal de una sociedad deseable, sino del Derecho penal de aquella sociedad que ha generado el sistema jurídico […] La decisión acerca de si se*

[61] Ob. Cit., Jakobs, ***Moderna Dogmatica Penal***, p. 14.

trata de un proceso de criminalización excesivo e innecesario, o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico penal. […]"[62].

Por ejemplo, la economía del Estado Plurinacional de Bolivia está basada en la extracción y comercialización de sus recursos naturales, por tanto, para generar recursos económicos que nos permita vivir dignamente, el Estado tiene que ingresar a los territorios indígena originario y explotar sus recursos naturales, es decir, destrucción de la madre tierra a cambio de mejor vida. Resulta entonces adecuada la forma de redacción del tipo penal descrito en el artículo 353 Bis del Código Penal boliviano, pues es lícito destruir la madre tierra. En palabras de Jakobs: *no se trata del Derecho penal de una sociedad deseable, sino del Derecho penal de aquella sociedad que ha generado el sistema jurídico*. Quien considere que la madre tierra nos habla, nos interpela, nos pide que la cuidemos y respetemos, es un idiota, no es parte de la comunidad civil, qué hacer con este sujeto, solo quedan dos caminos: o respeta las normas de la sociedad civil o debe ser eliminado. Véase a continuación la contundencia de Jakobs:

"[…] la frontera entre el comportamiento permitido o incluso deseado y el comportamiento contrario a la norma ya no es hoy en día en amplios sectores de la sociedad una frontera crecida en el tiempo, que se corresponda con una moral vivida, sino que sencillamente se la construye, se fija más o menos arbitrariamente. Esto es así en los ámbitos de la economía, tráfico, medio ambiente, etc. […]"[63].

Si los campesinos indígena originarios son dueños de sus tierras y territorios, para ingresar en ellas y explotar los recursos naturales debiera pedírseles permiso a ellos, pero el tipo penal no está diseñado así, entonces el tipo penal descrito en el artículo 353 Bis del Código Penal *es arbitrario*, por lo que, en el futuro, el Derecho Penal del Estado Plurinacional cumplirá la función de autoconfirmación del sistema social, es decir, confirmará el subsistema económico social de matriz extractivista. Este aspecto nos lleva a considerar la concepción funcionalista de persona. Veamos.

---

[62] Idem, p. 17.
[63] Idem, p. 20.

Para Jakobs, lo objetivo, en la imputación objetiva del comportamiento, es:

> *"[…] las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación "rol" a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta con base en personas."*[64]**.**

Para que una sociedad funcione, es decir, exista y se reconozca como tal, se requiere que las personas reconozcan como valido un determinado *sistema de normas* y que cada una de ellas, en tanto miembros de una sociedad civil, cumplan *el rol que normativamente les está asignado*, por ejemplo al juez le está asignado el rol de administrar justicia, al Estado intervenir en el proceso de explotación de hidrocarburos, al maestro enseñar su arte, al padre de familia cuidar y educar a su hijo, al médico salvar vidas, etc.; no se trata de subjetividades, como creencias, formas particulares de vida o de ver la vida, aunque este tipo de contactos sociales también sean en cierto grado reconocidos como formas de socialidad; así, al juez no le está permitido resolver un caso concreto en base a la lectura de la hoja de coca por muy sagrada que esta le resulte, al padre de familia no le está permitido maltratar al hijo a título de educarlo, el médico debe transfundir sangre al paciente que está por perder la vida aunque éste sea mormon y el Estado debe, en la lógica desarrollista, explotar hidrocarburos aunque los indígenas originarios, propietarios de las tierras a ser exploradas y explotadas, crean que la madre tierra les enviará un castigo divino. Así, para recibir el año nuevo aimara se suele, como ritual, levantar las manos dirigidas a los primeros rayos del sol de la mañana y pedir por la vida; pero en una ocasión vi y leí, en un periódico de noticias, un grafiti, se trataba de lo siguiente: el autor del grafiti dibujó a unas personas con las manos levantadas y dirigidas al sol, en el texto se leía, Dios sol danos vida, salud y prosperidad, el sol respondía ¡¡¡vida, salud, prosperidad!!!, ¡¡¡lo que les voy a dar es cáncer!!!. Este grafiti puede ser interpretado de diferentes maneras, o si se quiere, desde diferentes cosmovisiones: desde la lógica

---

[64] Ob. Cit., Jakobs, ***La Imputación Objetiva***, p. 21.

occidentalizada, es cierto que el sol no te regala salud, vida ni prosperidad, estas se logran con educación, trabajo, buena alimentación, con ciencia, tecnología, que les permita relacionarse con la naturaleza con mayor eficiencia y eficacia, por lo que levantar las manos y exponerse al sol evidentemente produce cáncer, por tanto, quien se expone al sol sin protector solar corre riesgo de contraer cáncer, entonces quien actúa así es un idiota; pero desde la cosmovisión andina es cierto que el sol es *fuente* de vida, de salud y prosperidad. Por tanto, para Jakobs, ser persona significa:

> *"tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible […]"*[65].

El funcionalismo de Jakobs nos recuerda a la Bolivia de los siglos XIX y XX: en la posguerra de la independencia se desconoce a los indígenas anulando las rebeliones indígenas, se busca un sujeto nacional criollo descartando a los otros sujetos, es decir, los indígenas debían dejar la forma comunitaria para convertirse en campesinos libres, asalariados, consumidores, aprender castellano, ir al cuartel, a la escuela. Dicho de otro modo, integrar al indio a la nación mestiza en base a un proceso de igualación para unificar la comunidad nacional, en pocas palabras, hacerlos ciudadanos. Y es que, como dice Jakobs:

> *"[…] en algún ámbito el sujeto debe entrar en sociedad, para poder delimitarse y comprenderse como sujeto, pues una subjetividad aislada es tan inimaginable como otras cosas aisladas: sólo ante el trasfondo de lo comparable se muestran los perfiles"*[66].

Si la sociedad está compuesta por un sistema de normas y las personas no son más que portadores de un rol definido de modo normativo, el *ingreso* -el estar sin estar, el hecho de ser sin haber tenido que elegir, tener que vérselas con posibilidades que siempre han comenzado sin ellos. Existir para la muerte[67]- *de más de la mitad de la población indígena*

---

[65] Ob. Cit., Jakobs, ***Moderna Dogmática…***, p. 22.
[66] Idem, p. 13.
[67] Ob. Cit., Parra, ***El tiempo, el otro…,*** p. 571.

boliviana en sociedad o a la sociedad boliviana de los siglos XIX y XX, fue un acto de imposición. Por ejemplo, siguiendo la lógica naturalista de Aristóteles, Cornelio De Pauw, sostenía *"[…] los indios del Nuevo Mundo son siervos por naturaleza […]"*, Filipo Salvatore *"Las naciones indias, son naciones estúpidas"*, Hegel decía *"[…] los aborígenes americanos son una raza débil en proceso de desaparición […] Sólo en América existen salvajes tan torpes e idiotas como los fuegüinos y los esquimales […]"*[68]. No es casualidad que el Congreso Constituyente de 1826, con relación al problema del indio, señalar que *ellos no están aún en la dignidad de los hombres*.

El tratamiento del Estado Republicano, desde el Derecho penal boliviano, hacia los indígenas bolivianos, puede ser abordado diferenciando tres periodos: el primer Código penal boliviano de 1832 no considera al indígena, es más, ni siquiera lo menciona; el código penal de 1973, convierte al indígena del Oriente boliviano en inimputable y en semi-imputable al indígena del Altiplano y los Valles, los primeros por ser selváticos y a los segundos por ser inadaptados al medio cultural boliviano; el actual código penal que data de 1997, ya no los considera inimputables ni semi-imputables, pero la sanción por el hecho delictivo les puede ser atenuada por ser carentes de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley. Así al indígena le falta: educación, ser ilustrado, conocimiento, cultura, saber, sabiduría, es decir, le falta ser civilizado. Según el funcionalismo, el indígena "o es persona o no lo es", si la relación es entre personas mediadas por normas, el indígena se encuentra en este mundo social como portador de un rol y por tanto debe esforzarse por administrar su ámbito de libertad conforme a ese rol, aquí no puede concurrir ninguna atenuante en consideración de su conciencia poco desarrollada, pues se trata de una persona o de lo contrario o es un animal o es Dios. Valga lo dicho, también, para la corriente causalista y finalista, pues la aplicación del cualquier código penal depende de la formación política, social y jurídica del

[68] Carnero Hoke Guillermo, ***Un mandato histórico: la revolución india!*** Preámbulo a la obra ***Tesis India*** de Fausto Reinaga, ediciones PIB, Bolivia, pp. 19, 20 y 24.

administrador de justicia, porque las normas del Derecho penal se aplican a un conflicto social que surge de las interacciones sociales. Por ejemplo:

De las arcas del Fondo de Desarrollo para los Pueblos Indígenas y Comunidades Campesinas (FDDPPIYCC), desaparecieron, tomando este dato de la Contraloría General del Estado y con beneficio de inventario, aproximadamente 71 millones de bolivianos sólo en 153 proyectos. Este Fondo, no está demás reiterar lo que todos sabemos, fue y es administrado por delegados del gobierno y por delegados de los Pueblos Originarios Indígenas y Campesinos. Quién o quiénes son los responsables por semejante daño a estos pueblos y a la totalidad de la Nación boliviana?.

El presidente Evo Morales Ayma, en días pasados, sobre el problema del Fondo Indígena, declaró:

> *"He visto proyectos bien ejecutados, pero sin descargos, ahí viene la Contraloría ¿qué hicieron? Pobre dirigente, el responsable es el dirigente pero no el técnico, aquí deberían procesar a los técnicos y no a los dirigentes. Es otro problema que se presenta […] Ahí hubo un problema, yo no echo la culpa a los dirigentes, pero lamentablemente los técnicos no acompañaron a los dirigentes. Los dirigentes generalmente no somos profesionales y administradores, por eso ahí se necesitaba buenos profesionales para resolver temas técnicos."*[69]**.**

Las declaraciones del presidente, tomadas desde el funcionalismo sistémico, se refieren a un todo. Saltan a la vista varios subsistemas: la administración pública, las normas que regulan la administración y las personas que administran lo público. Todos estos subsistemas cumpliendo un rol dentro del sistema social, mediados siempre por normas. El problema, dice el presidente, fueron técnicos (entiendo como problema fáctico y normativo) y los profesionales y administradores debieron resolver esos problemas (entiendo como personas que poseen cualidades diferentes producto de un aprendizaje científico concreto,

[69] Agencia de Noticias Fides, redacción EjuTv Noticias, La Paz, Bolivia, 17 de junio de 2017.

economistas, auditores, proyectistas, etc.) y no los dirigentes indígenas campesinos. Desde el Derecho penal funcionalista aquí se pueden hacer, sobre las declaraciones del presidente, tres interpretaciones y una interpelación, pero antes recordemos la sentencia de Aristóteles y el imperativo de Hegel:

> *"Quién no puede vivir en la comunidad o no necesita de ella o es animal o Dios"*
>
> *"El mandato del Derecho es: sé una persona y respeta a los demás como persona"*

Cómo podemos entonces interpretar las declaraciones del presidente Evo Morales, y acaso, desde los principios sustentadores de la sociedad plural, no requieren, dichas declaraciones ser interpeladas y cuestionadas y a través de este cuestionamiento también cuestionar la forma de administrar justicia:

> - Los profesionales o técnicos que administraron, junto a los dirigentes indígenas y campesinos, los recursos económicos del Fondo Indígena, SON, en tanto *personas*, los únicos responsables penalmente porque no cumplieron las expectativas, "el rol", normativas que la sociedad les asignó.
>
> - Los dirigentes indígenas y campesinos que también administraron los recursos económicos del Fondo Indígena, NO SON responsables penalmente porque son *dioses* y por tanto no necesitan de la comunidad.
>
> - Los dirigentes indígenas y campesinos que también administraron los recursos económicos del Fondo Indígena, NO SON responsables penalmente porque son *animales* y por tanto no necesitan de la comunidad. (De Pauw, Hegel, Salvatore, Arguedas).
>
> - Los profesionales o técnicos y los dirigentes indígenas y campesinos que administraron los recursos económicos del Fondo Indígena, SON RESPONSABLES PENALMENTE porque son *personas* y por tanto la comunidad necesita de ellos y ellos de la comunidad, *responsabilidad* que tiene su génesis en el *contacto con el otro* y no en el *sistema de normas jurídicas*, estas viene después, porque este otro que es mi hermano me interpela y me cuestiona con su sola presencia y a través de él veo las necesidades, la miseria y el hambre que padece mi pueblo, interpelación que me obliga a comprometerme a administrar correctamente los recursos económicos de mi prójimo porque estos recursos significan para mí y para ellos la posibilidad de *vivir bien*. Por tanto, mi *primera relación* no es, como dice Jakobs, con el *sistema de normas*, sino con la *cara* de mi prójimo, es decir, con las

> necesidades de mi pueblo. De ahí que sea un error del administrador de justicia preguntarse si el indígena, el criollo, el mestizo o el gringo, conocía o no conocía el entramando burocrático de las normas administrativas que regulan la administración pública, lo primero que deben preguntarse es si dichas personas lograron, con su acción, aliviar el dolor que produce el estómago vacío, la enfermedad, la ignorancia, la discriminación, el olvido, la explotación, etc. Quisiera preguntarle al presidente Evo Morales Ayma si los dirigentes indígenas y campesinos, que administraron los recursos económicos del Fondo Indígena, saben de la miseria histórica que sufrieron sus pueblos. La respuesta es afirmativa, pues fue su conciencia quien las movilizó desde el primer día en que Colón piso esta sagrada tierra, si saben que su destino, durante la Colonia y la República, fue la muerte, saben que al conquistar el poder estatal desde el año 2006, los recursos económicos que ellos administran deben estar destinados a la construcción del *vivir bien*. De ahí que el principio ético moral "*ama suwa: no seas ladrón"*, no deba entenderse como un juicio de valor subjetivo, sino como un juicio de interpelación, histórico, a un sistema que causa miseria, dolor y exclusión, es decir, víctimas.

Este dato no es menor, pues véase el siguiente argumento de Carnero Hoke que aparece en el preámbulo del libro *Tesis India* de Fausto Reinaga:

> *"¿Qué es el Poder Indio? ¿Qué es el gobierno indio? ¿Qué es el socialismo indio?. El Poder Indio, el Plan del Gobierno Indio, dimana de la expresión comunitaria. Conocer cómo funciona una comunidad inka es tener a la mano el gobierno ético. Como en el Estado inka todo estaba sincronizado, el Consejo de Ancianos no era más que una comuna de ancianos* ***orientadores****. […] no debemos dejar a un lado el poder que encarnan las comunidades. Ellas saben lo que quieren respecto a su vida y sus necesidades."*[70]**.** El énfasis es nuestro**.**

Entiéndase bien: *el Consejo de Ancianos no era más que una comuna de ancianos* ***ORIENTADORES****. Las comunidades* ***SABEN*** *de sus* ***NECESIDADES***. Dicho de otro modo, los dirigentes indígenas originarios y campesinos que administraron el Fondo Indígena, debían ser ORIENTADORES, pues SABEN de las *necesidades* de sus comunidades. Suficiente principio para reprocharles penalmente su conducta, pues el

[70] Ob. Cit., Carnero Hoke, ***Tesis India***, preámbulo, pp. 14 y 15.

reproche no puede tener como principio el conocimiento y la comprensión de la norma jurídica formal. Véase el artículo 349.I de la Constitución Política del Estado y compárese con el texto citado de Guillermo Carnero Hoke:

> *"Los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponderá al Estado su* ***administración*** *en función del* ***interés colectivo****."*

Los indígenas originarios y campesinos administran el Estado, los recursos naturales son del pueblo, pero administrados por el Estado, es decir, por los indígenas originarios y campesinos, la administración de dichos recursos deben ser en función del interés colectivo, y si los recursos económicos del Fondo Indígena son producto de los hidrocarburos, lo menos que pueden hacer quienes administran estos recursos, es ser responsables con la comunidad, es decir, posibilitar que la sociedad goce y disfrute de esos recursos, eso es lo que se les exige, no que conozcan a cabalidad las normas jurídicas. Pues si bien aceptamos el argumento de Jakobs en sentido que la sociedad esta mediada por normas, nosotros sustentamos el principio de que la primera mediación se da en el contacto con el *otro*, *contacto* del cual surge la *responsabilidad*, y de ahí surgirán las demás mediaciones que no son menores, pues la libertad no está limitada por las normas, sino por la *relación con el otro*, entendido como *contacto* con el otro, es decir, por las *necesidades* del otro.

> Si el administrador de los recursos naturales que son de propiedad del pueblo boliviano no sabe y no comprende, por su indiferencia, las necesidades de su pueblo, entonces la cosa pública que es del pueblo está siendo administrado por un animal a quien se debe educar y corregir o por un Dios a quien se debe rogar por la vida. Esto no creo que esté ocurriendo.

Fausto Reinaga, con su característica radical, sobre la sociedad Inca sostiene:

> *"Todos los hombres en carne y espíritu eran idénticos a sí mismos. A tal punto que un hombre frente a otro hombre era el mismo hombre. Un hombre ante otro hombre era como si en un espejo viera su propia imagen. Es aquí donde no hubo lo tuyo ni lo mío. La nuestra era una sociedad feliz. Los indios de esta América india, es aquí donde éramos la PRIMERA REPÚBLICA SOCIALISTA DEL MUNDO. […] El preamericano a la llegada de Pizarro al Tawantinsuyu, era un hombre íntegro. Para aquel hombre, cualquier otro hombre, era su misma persona, su propia imagen. Su semejante no era sólo su hermano; era su mismo ser.*

> *El "ama llulla, ama súa, ama qhella", era un imperativo universal y cósmico. […] los hombres inkas no se defendieron de sus asesinos, porque como pensamiento, como moral y como conducta superhumana estaban a una distancia sideral respecto a aquella horda española de homicidas presidiarios."*[71].

Por supuesto que no existen sociedades ideales, es decir, perfectas, de lo contrario los imperativos ama llulla, ama súa y ama quhella no hubiesen sido necesarios en aquella sociedad, tampoco se trata de volver a esa sociedad, de lo que se trata es superar la actual civilización individualista y codiciosa, para ello, uno de los principios que nos puede ayudar es retomar el principio de que la responsabilidad comienza con el reconocimiento del otro como persona. En palabras de Reinaga: en el *estar al frente de otro hombre y volverse uno*, y en palabras de Levinas: el *cara a cara*.

Desde el punto de vista de la interpretación formal jurídica, el imperativo *ama súa* no difiere en nada del imperativo descrito en el artículo 326 del actual Código penal bajo el nombre jurídico de *hurto*. Sin embargo, la diferencia entre ambos imperativos es civilizatoria. Mientras en la civilización Inca el hurtar era un daño asimismo por considerar al otro hombre como de su propio ser; ahora, el hurtar se considera un daño directo a la propiedad privada, la mediación es entre sujeto y objeto y no entre persona – persona, por ejemplo en los delitos contra la propiedad, para considerar la bagatela se mide el valor del objeto, el hurtar o robar un celular no es lo mismo que hurtar o robar un millón de dólares, recuérdese el robo a la empresa Brinks, aquí todo el aparato policial del Estado se movilizó para recuperar los dineros que transportaba Brinks, porque las relaciones entre los banqueros y la sociedad está mediada por lo económico, sin considerar que los banqueros nos roban a cada segundo. Es esto entonces lo que, en la actualidad, sostiene el sistema jurídico penal y no las relaciones sociales. Esto es lo que hay que superar, es decir, cambiar el fundamento, para ir construyendo el Estado Plurinacional cuyo horizonte de realización es el "Vivir Bien".

---

[71] Reinaga Fausto, Tesis India, Ed. PIB, La Paz - Bolivia, 1971, pp. 43, 47 y 48.

Consiguientemente, Jakobs explica su concepción de culpabilidad a partir de las expresiones de sentido y naturaleza, pues todas las acciones que tengan el sentido de cuestionar la vigencia normativa de la sociedad son acciones que implican responsabilidad y deben ser combatidas en base a un procedimiento propio de un Estado de Derecho, enriqueciendo el concepto de culpabilidad con los *requisitos de la Imputación Objetiva*[72]. Así, para realizar el juicio de culpabilidad, al margen de concurrir y considerar todos los escalones previos (acción, tipicidad, antijuridicidad), se debe considerar también si el hecho es la obra de su autor. Por tanto, la Imputación Objetiva del comportamiento es una categoría de la culpabilidad que ayuda a interpretar el hecho realizado por una persona, para ello se deberá tomar en cuenta que:

> *"**1)** Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condiciones de portadores, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado standard. **2)** Entre autor, víctima y terceros, según los rolos que desempeñan, ha de determinarse a quién compete, por sí solo o junto con otros, el acontecer relevante, es decir, quién por haber quebrantado su rol administrándolo de modo deficiente responde jurídico – penalmente –o, si fue la víctima quien quebrantó su rol, debe asumir el daño por sí misma-. Si todos se comportan conforme al rol, sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia. **3)** Esto rige tanto respecto de hechos dolosos como de hechos imprudentes; sólo que en el ámbito de los hechos dolosos frecuentemente el quebrantamiento del rol es tan evidente que no necesita de mayor explicación –lo cual es menos habitual en los hechos imprudentes."*[73]**.**

Zaffaroni, critica la Imputación Objetiva basado en el "rol" que normativamente le es asignado a una determinada persona, por considerar que los rolos, según la sociología, son dinámicos y no estáticos, pues el funcionalismo llevado al Derecho penal lo que hace es congelar los roles. Toma el ejemplo, entre otros, del camarero propuesto por Jakobs. El camarero que, siendo biólogo, se percata que la fruta que sirve es venenosa y, sin embargo, no se abstiene de servirla, sosteniendo que no puede imputársele en razón de que no viola su

---

[72] Ob. Cit., Jakobs, ***Moderna Dogmatica***, pp. 28 y 29.
[73] Ob. Cit., Jakobs, ***La Imputación Objetiva***, p. 25

rol de camarero, pues el conocimiento especial de que dispone es irrelevante por no pertenecer a este rol. Las extrañas soluciones a estos casos, dice Zaffaroni, obedecen, precisamente, al congelamiento que hace Jakobs de los roles sociales, con lo cual termina manejando un concepto de *rol estático*, que no es el de la sociología y, por ende, del mundo real, pues los roles son siempre dinámicos. Así, el rol del camarero deja de ser banal cuando el agente asume el dominio del hecho de un injusto penal, es decir, el de homicida, siendo el error de la tesis del rol el no reconocer que en ese caso el rol banal no es más que un disfraz que oculta el rol real de un homicida[74].

Conforme el argumento precedentemente expuesto, agregamos a la crítica de Zaffaroni, que el *primer rol* que cumple el camarero es el de ser *responsable con la vida del otro*, en realidad, todos asumimos responsabilidad por la vida de los otros, esto, claro está, dentro de las posibilidades fácticas que se nos presenten, es decir, siguiendo a Zaffaroni, que los roles siempre son dinámicos, en el presente caso el camarero tiene en sus manos la vida del comensal y tiene la posibilidad de evitar el envenenamiento, por lo que puede asumir la responsabilidad de respetar la vida del comensal. Llevando lo expuesto al caso FONDIOC, los administradores de dicho Fondo, asumen, evidentemente, roles: el de ser dirigentes y el de ser administradores de recursos económicos. Estos roles no están encapsulados en el entramado normativo, sino en la responsabilidad que asumen de *cara* a los miembros de sus comunidades, en palabras de Guillermo Carnero Hoke, diremos que asumen la responsabilidad de *ser orientadores* de sus comunidades. Aquí, en lo formal, no interesa que sea el sistema de normas jurídicas de la Nación Indígena Originaria o Campesina o el sistema jurídico ordinario el que deba ser conocido por el agente y luego aplicado, aquí interesa que los miembros de la Nación boliviana están: *primero,* obligados a respetar la cosa pública como condición de vida de la comunidad, porque de este trasfondo de la sociedad boliviana surge el imperativo *ama suwa; después*, y solo después entra en escena la norma penal infringida, convirtiéndose los principios ético morales contenidos en el artículo 8.I de la

[74] Zaffaroni Raúl Eugenio, Slokar Alejandro y Alagia Alejandro, ***Manual de Derecho Penal: Parte General***, EDIAR, 1° ed., Buenos Aires – Argentina, 2005, pp. 389, 390

Constitución Política del Estado en universales y válidos para todas las naciones reconocidas en nuestra Carta Política.

En *Tesis India* se sostiene que el indio es la gran reserva moral, que el indio se corrompe apenas se aproxima al cholo mestizo y que debe huir como de la peste de la sociedad blanca. Mientras que, con lo ocurrido en el FONDIOC, los mestizos criollos piensan que los indios son los corruptos. Pero la corrupción no es un tema de raza o de identidad, véanse los casos de los taladros chinos, el caso de Santos Ramírez en YPFB, los actos de algunos jueces y fiscales y compárese con el caso FONDIOC y con los casos de corrupción en la época republicana. Entonces aquí no hay animales ni dioses, solo personas que deben hacerse responsables de sus actos.

Estamos entonces obligados a cambiar la sentencia de Aristóteles, diciendo:

> Quien no quiera reconocer al otro y hacerse cargo de sus necesidades pudiendo actuar así o quien no necesita de los demás debe responder por su indiferencia.

Para concretar, la teoría funcionalista al privilegiar un determinado sistema, en la medida en que la sociedad boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en su conjunto constituyen el pueblo boliviano, no puede ser adecuada para resolver los problemas sociales concretos de la sociedad boliviana, pues como se dijo privilegia un determinado sistema social. Por ello, asumimos y postulamos el criterio de que los principios ético morales y los valores contenidos en el artículo 8.I.II de la Constitución Política del Estado se constituyen en uno de los núcleos articuladores de la sociedad boliviana, teniendo su base material en el contacto personal con el otro del cual surge la *responsabilidad por el otro*, esto es más objetivo que lo objetivo en la Imputación Objetiva de Jakobs, y esto resulta ser universal, es decir, válido para toda la Nación boliviana.

1.4.3.5.- Culpabilidad y política criminal

Claus Roxin, Catedrático emérito de Derecho penal de la Universidad de Munich, Alemania, en su tarea de construir un sistema penal que beneficie a la sociedad, a la eventual víctima y

al autor del delito, impugna el sistema positivo-jurídico propio del Estado liberal, sosteniendo que no es ya adecuado para las exigencias del Estado Social de Derecho, pues este reclama una mejor conformación social y por tanto protección más efectiva del individuo y de la sociedad, es decir, la justicia penal debe ser funcional a las nuevas exigencias del Estado Social de Derecho, para ello propone que las distintas categorías sistemáticas del delito deban ser estructuradas bajo aspectos de Política Criminal valorativa.

El profesor Francisco Muñoz Conde en la introducción a la monografía del profesor Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, explica que el desarrollo de la dogmática penal alemana a principios del siglo XX estuvo condicionado por los estrechos límites que le fueron marcados a la ciencia del Derecho penal por el positivismo jurídico. Según esta teoría, la única tarea del jurista consistía en interpretar el Derecho positivo y desarrollar en un sistema cerrado, conforme a principios lógico-deductivos, los preceptos concretos de la ley, subiendo hasta los últimos principios y conceptos fundamentales. De ahí que, dice Muños Conde, la elaboración del sistema era la misión fundamental de la ciencia del Derecho penal, desterrando otras consideraciones de índole criminológica o político-criminal que debían constituir asimismo el objeto de otras ciencias. Con esto, continúa Muños Conde, se daba la paradoja de que desde el punto de vista jurídico fuera cierto lo que desde el punto de vista criminológico o político-criminal era falso, o a la inversa, incurriendo así en una especie de "averroísmo" científico[75]. Del mismo modo, Muños Conde explica que para superar la supervaloración del pensamiento sistemático, surgieron en Alemania dos tendencias, una consistente en negar la importancia del sistema, por lo que el punto de partida lo constituye el problema y el otro pretende penetrar en el problema, pero sin renunciar al sistema. En esta última tendencia debe enmarcarse, nos dice el profesor Muños Conde, el pensamiento del profesor Roxin[76].

---

[75] Claus Roxin, ***Política criminal y sistema del derecho penal***, traducción e introducción de Francisco Muños Conde, 2° edición, 1° reimpresión, Buenos Aires – Argentina, Hammurabi, 2002, pp. 17, 18.
[76] Idem.

Roxin de manera crítica expresa lo que pretende superar:

> *"El positivismo, como teoría jurídica, se distingue porque destierra de la esfera de lo jurídico las dimensiones de lo social y de lo político. Precisamente este axioma, aceptado por Liszt como evidente, sirve de base a esa oposición entre Derecho penal y Política criminal. El Derecho penal es, en sentido propio, ciencia del Derecho sólo en tanto se enfrente con el análisis conceptual de las reglas jurídico-positivas y con su inclusión en el sistema. La Política criminal, que se enfrenta con los fines y contenidos sociales del Derecho penal, está situada fuera de lo jurídico. A sus cultivadores sólo les queda la misión de llamar la atención del legislador y el espacio, jurídicamente neutro, de la ejecución de la pena, con la que Liszt, con su conocida teoría de los tipos de autor, quería operar configurando la sociedad. Pero la ley, como tal –y por tanto también el Código Penal-, "no es instrumento de configuración social, sino solamente un medio para la elaboración y ordenación de la coexistencia de las libertades"; así por lo menos fue entendida por los teóricos del Estado liberal de Derecho y con ellos por Liszt."*[77].

Para superar la oposición entre Derecho penal y Política criminal, entendida esta como barrera infranqueable del Derecho penal y construir un Derecho penal mucho más justo, Roxin explica que su punto de partida es:

> *"el esfuerzo por "elaborar la teoría del delito desde la perspectiva de la política criminal". Pero tanto, los fines rectores del sistema en su conjunto así como la elaboración de los institutos jurídicos en particular deben ser de corte político criminal. De esta forma, por política criminal entiendo, a diferencia por ejemplo de Liszt, no sólo la elección de las sanciones preventivo especiales (o incluso para otras concepciones fundamentales, preventivo generales) más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los aspectos fundamentales que según nuestra Constitución y el Código penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad así como las sanciones. De esta forma, también los elementos limitadores de nuestro Ordenamiento jurídico penal,*

[77] Idem., pp. 41 y 42.

como el principio nullum crimen o el de culpabilidad, son parte de la política criminal del Estado de Derecho."[78].

Identificado el núcleo de la crítica, es decir, la interpretación y aplicación lógico-deductiva de las normas del Derecho penal sin considerar las dimensiones de lo social y de lo político, Roxin parte sosteniendo que las concretas categorías de la estructura del delito, deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse bajo el prisma de su función político-criminal. Así, el tipo penal no solo es el lugar de determinación de la conducta delictiva, sino que sirve a la realización del principio *nullum crimen sine lege*; la antijuridicidad debe ser entendida como el lugar de solución de los conflictos sociales, el campo en el que chocan los intereses individuales opuestos a las exigencias sociales con las necesidades del individuo; y la culpabilidad en realidad tiene mucho menos que ver con la averiguación del poder actuar de un modo distinto, algo empíricamente difícil de constatar, que con el problema normativo de sí, y hasta qué punto, en los casos de circunstancias personales irregulares o condicionadas por la situación conviene una sanción penal a una conducta que, en principio, está amenazada con una pena. Para responder a estas cuestiones, propone, como se dijo, la inclusión en el trabajo dogmatico tanto la función limitadora de la pena que representa el principio de la culpabilidad como las consideraciones de prevención general y especial[79].

De esta manera, Roxin establece, desde el punto de vista sistemático y dogmático, que el injusto penal está condicionado por dos elementos antagónicos del Estado de Derecho: por un lado, la protección del individuo y la sociedad; por otro, la garantía de la libertad de los ciudadanos frente a reacciones desproporcionadas por parte del Estado. Por tanto, dice Roxin, la prevención general y la limitación de la pena dominan el injusto como categoría sistemática. Los aspectos preventivos especiales, según su razonamiento, harían su aparición en la fase de la responsabilidad del autor, ya que en sede del injusto se trata de delimitar el

---

[78] Claus Roxin, ***La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal***, traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, introducción de Francisco Muños Conde, Tirant lo Blanch, Valencia – España, 2000, p. 58

[79] Ob. Cit. Roxin, ***Política Criminal…***, pp. 58, 59.

comportamiento penalmente prohibido del permitido, sin tener en consideración al autor individual[80]. A partir de estos postulados, político-criminales y sistemáticos, Roxin construye los criterios dogmáticos rectores que deben fundamentar la culpabilidad y que él llama responsabilidad. En palabras de Roxin:

> *"[…] el injusto es la realización de un riesgo no permitido para un bien jurídico penal en el ámbito del alcance del tipo es, desde luego, una concepción preventivo general. Porque la tarea principal del Derecho penal es la evitación de riesgos para el individuo y la sociedad […] la teoría de la imputación objetiva junto con la idea de la evitación de riesgos sitúan simultáneamente su límite en lo indispensable desde el punto de vista preventivo general […] la teoría de la imputación objetiva se sitúa en el mismo rango que el segundo principio limitador de la responsabilidad penal del ilícito, el principio nullum crimen sine lege […] la culpabilidad del autor representa ante todo un límite a las metas preventivo generales y especiales […] Pero la prevención general y especial también tienen un límite respecto a los autores imputables que no se extrae de la culpabilidad y su medida sino del baremo de lo indispensable desde un punto de vista preventivo […] Desde un punto de vista preventivo general puede ser necesario prohibir algo penalmente sin que al mismo tiempo las exigencias de prevención general reclamen el castigo de lo prohibido […] Lo novedoso de mi concepción frente a todos los esfuerzos sistematizadores precedentes consiste en esta doble limitación de la pena adecuada a la culpabilidad mediante lo imprescindible preventivamente y de la pena adecuada a la prevención mediante el principio de culpabilidad."*[81].

Por tanto, los criterios dogmáticos rectores que fundamentan y limitan la culpabilidad y la atribución de responsabilidad al autor del delito serían: *1. El Nullum crimen sine lege; 2. La realización de un riesgo no permitido en el ámbito del tipo penal; 3. La prevención general y especial*. Culpabilidad y necesidad preventiva general y especial, forman la categoría de la responsabilidad, cuyo fundamento reside en cuestiones de Política criminal.

---

[80] Ob. Cit., Roxin, La evolución de la Política…, p. 44.
[81] Idem. pp. 45 y ss.

Por otra parte, la construcción normativa tendría como base la existencia de una realidad permanente y previamente dada, por lo que la elaboración de reglas de imputación social de responsabilidad, encontrarían barreras infranqueables en la constitución de la materia. Así, la naturaleza de las cosas exigiría soluciones adecuadas a la materia; separándose, entonces, del funcionalismo sistémico de Jakobs, por considerar que en la solución de casos concretos deben tomarse en cuenta cuestiones empíricas, pues la sola consideración de la realidad previamente dada no es adecuada para la solución de casos concretos, no pudiendo dejar fuera de consideración las concretas situaciones individuales del autor del delito.

Roxin propone varios ejemplos sobre su construcción sistemática del derecho penal en base a criterios político-criminales. Con relación a la legítima defensa, sostiene que el castigo concurriendo exceso en la legítima defensa, desde el punto de vista de la prevención general, no es imprescindible porque el agresor tiene la culpa principal por el exceso, porque la colectividad puede comprender una reacción exagerada de pánico sin considerarla como criminosa y porque los hechos que tiene lugar en situación de miedo tampoco estimulan a su imitación, y tampoco estaría indicada una actuación preventiva especial sobre el agente, porque su comportamiento no se basa en una concepción antisocial, sino en no estar a la altura de una situación excepcional de cuya existencia no tiene la culpa, de tal modo que no son necesarias exigencias legales de aseguramiento o de socialización. Conforme a estos mismos aspectos, sostiene Roxin, pueden tratarse circunstancias excluyentes de la culpabilidad, que en el Derecho alemán no sólo tienen naturaleza jurídico-penal, sino también constitucional, por ejemplo la actuación por razones de conciencia, la obediencia civil y la salvación de unos a costa de otros en casos de peligro para la colectividad[82].

En mi libro, *Punitivismo en Bolivia*, sostengo que el *consumo* de bebidas alcohólicas puede ser *causa* de un hecho delictivo pero *no delito*, por ello la detención preventiva y posterior sanción penal impuesta al asambleísta que consumió bebidas alcohólicas en los ambientes de la Asamblea Legislativa Departamental de Chuquisaca, deviene en excesiva y por tanto ilegal

[82] Idem. p. 49.

por no considerar aspectos de tipo cultural que parten de significaciones compartidas y de las situaciones sociales específicas que un grupo social a internalizado y que son asumidas en la práctica social. A partir de este criterio se sostuvo también que la Ley N° 004 tiene precisamente la finalidad de *prevenir* conductas de corrupción que afecten al Estado y no sancionar penalmente el consumo de bebidas alcohólicas[83]. La interpretación lógico-deductiva propia del Derecho positivo, dio lugar a que el juzgador considere que el consumir bebidas alcohólicas en un edificio público es adecuado a la prohibición contenida en el tipo penal descrito en el artículo 26 de la Ley N° 004.

Consiguientemente, desde el punto de vista estrictamente jurídico-positivo, consumir bebidas alcohólicas en un edificio público es delito, pero falso desde el punto de vista político criminal. Aquí, nosotros tomamos en cuenta, como ya se dijo, los *aspectos culturales que parten de significaciones compartidas y de las situaciones sociales específicas que un grupo social a internalizado y que son asumidas en la práctica social*. Criterio que se acerca al planteamiento de considerar criterios de justicia para resolver los conflictos jurídico penales.

Si bien la construcción normativa requiere de realidades en cierto grado permanentes y previamente dadas, no debemos perder de vista que estas son dinámicas, entendiéndose aquí la dinámica social como hecho del pasado, del presente y como proyección del futuro, más aún cuando se tienen sociedades, como la nuestra, que Luís Tapia llama sociedad multisocietal, es decir, determinados territorios donde existen sociedades que tienen otra forma de cultura, otra forma de vincularse con la naturaleza, otras formas de reproducción social, política y hasta de autogobierno que el colonialismo y la forma moderna de Estado Republicano no lograron eliminar. De ahí que las realidades, de las que emerge una norma jurídica, su internalización y comprensión, no deban ser entendidas como realidades presentes. Una norma jurídica lanzada a su interpretación, sin someter dicha interpretación a deliberación, puede negar y afirmar un determinado sector de la realidad social, transformándola de modo aparente; para ello, no se requiere una revolución, podríamos decir

[83] Ob. Cit., Ortega Carlos, ***Punitivismo en Bolivia***…, pp. 17-49.

total, en el sentido como lo entiende Jakobs, simplemente, se reitera, una interpretación normativa hegemónica. Para entender esto, sólo considérese lo ocurrido en la localidad de Chaparina con los indígenas que marcharon en defensa por el TIPNIS.

Retomemos el ejemplo de la legítima defensa propuesta por Roxin. Él sostiene que el exceso en la legítima defensa que tiene lugar en situación de miedo no estimula su reiteración ni su imitación por lo que no estaría indicada una actuación preventiva especial ni general sobre el agente. Al respecto, artículo 11.II de nuestro actual Código penal:

> *El exceso en las situaciones anteriores será sancionado con la pena fijada para el delito culposo. Cuando proviniere de una excitación o turbación justificables por las circunstancias concomitantes en el momento del hecho, estará exento de pena.*

La eximente señalada está construida sobre criterios psíquicos-psicológicos que se *relacionan* con factores *externos* en el *instante* de la acción. Es fácil, entonces, interpretar, desde la lógica desarrollista del actual administrador del Estado, las acciones de defensa de los indígenas del TIPNIS, como irracionales que impiden el desarrollo económico de Bolivia al negarse a aceptar la construcción de la carretera que cruzara por sus territorios, por lo que tomar como rehén al Canciller David Choquehuanca debe ser sancionado penalmente. No es necesario referirnos a la suerte que corrieron varios dirigentes indígenas, muchos de ellos con mandamientos de aprehensión a ser ejecutados. Dicho de otro modo, en el *instante* de la *acción*, los indígenas *no defendían nada*, por el contrario, se oponían deliberadamente a la forma de desarrollo económico de Bolivia, pues la única realidad previa dada y permanente es, para el administrador del Estado, el capitalismo desarrollista, y esto se debe defender como única posibilidad de vida, como dice Roxin, la naturaleza de las cosas exige soluciones adecuadas a la materia.

Desde otra lógica interpretativa, tomando como ejemplo el caso del TIPNIS, el aspecto normativo eximente contenido en el artículo 11.II del Código penal, desde la visión Plurinacional del Estado, para totalizar diremos: el reconocimiento de las *formas de vida* de los pueblos indígenas originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas, la marcha indígena y las acciones desplegadas en defensa del TIPNIS, es una

forma de *legítima defensa* y la *excitación o turbación* justifican excluir la punibilidad, no porque ésta se haya dado en el *instante* del hecho, sino porque los pueblos indígenas originarios y campesinos fueron *perturbados* en sus formas de vida desde la invasión española, practicas de dominación que en el tiempo han cambiado, ahora se utiliza el discurso del desarrollo para vivir mejor y la única forma para vivir mejor es la destrucción de sus formas de vida. La muerte para reafirmar la vida. Este ataque *sistematizado, permanente y continuo* hacia sus *formas de vida* justifican las *reacciones*. Por tanto, la *excitación, la perturbación o el miedo*, no es *instante*, sino *pasado, presente y futuro*. Aquí, no se toman en cuenta los estados psíquico-psicológicos del instante, sino las necesidades. Aquí, se discute el contenido de configuración social y no la forma funcional de organización.

Consideremos, ahora, algunas causas de exclusión y atenuación de la responsabilidad penal que impide realizar juicio de reprochabilidad o disminuye el reproche.

El *obrar violentado por fuerza física irresistible*, es decir, a factores externos que condicionan la acción en el *instante* de actuar. Nuestro Código Penal también se ocupa del indígena desde el punto de vista de las atenuantes, y, existen criterios que sostienen que su responsabilidad se debe tratar desde la teoría del error de tipo o se plantea el problema desde la teoría del error de prohibición. En el primer caso se trata del problema de *reconocimiento* de los elementos constitutivos de la infracción penal, mientras que en el segundo caso se trata del problema de *comprensión* de la reprochabilidad.

Observo que el error de tipo cultural está doblemente condicionado, por una parte, la necesaria *pertenencia personal* a naciones y pueblos indígena originario campesinos, por otra parte, la eximente es reductible o circunscribe lo étnico a una cuestión territorial, es decir, para considerar las realidades, prácticas y condicionamientos culturales que impiden o dificultan el reconocimiento de los elementos constitutivos de la infracción penal, debe primero constatarse que el agente pertenece a una nación o pueblo indígena originario campesino y además que dichas realidades, prácticas y condicionamiento cultural debe darse dentro del territorio indígena originario campesino. Dicho de otro modo, se requiere de la existencia de una comunidad que ocupe un determinado territorio, se requiere ser parte de

esta comunidad y además vivir intra muros de la comunidad. Así, si una persona perteneciente a una determinada comunidad, extra muros, comete una infracción penal y se demuestre que el agente por ciertas realidades, prácticas y condicionamientos culturales intra muros, no le permitieron reconocer los elementos constitutivos de la infracción penal, estará exento de pena. Se trata entonces de factores que impiden o dificultan la admisión o aceptación de que alguna cosa o alguien tienen una determinada calidad o condición, no se trata, entonces, del conocimiento o desconocimiento de los elementos constitutivos de la infracción penal. Lo propio ocurre en el error de prohibición cultural, pues los factores personales de pertenencia están presentes, pero esta eximente tiene sus peculiaridades, por lo que debemos también considerar este tipo de error.

Zaffaroni denomina a esta eximente, error de comprensión, sostiene que:

> *"El error de prohibición directo no se presenta sólo como desconocimiento de la prohibición o de su alcance, sino que también abarca el caso en el cual, pese a ese conocimiento, no puede exigirse la comprensión: es el llamado puro error de comprensión. Son los casos en que el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo. Son supuestos frecuentes cuando el agente pertenece a una cultura o subcultura diferenciada, donde internalizó valores diferentes e incompatibles con los legales. […] El error de comprensión permite eludir la absoluta teoría de que los indígenas son inimputables, la apelación a una genérica y supralegal inexigibilidad de otra conducta o la artificiosa construcción de un estado de necesidad. El matrimonio indígena a temprana edad no es delito simplemente porque los pertenecientes a esa cultura no pueden comprender que lo sea, y no por inexigibilidad ni por estado de necesidad."*[84].

Véase que Zaffaroni también parte del criterio de pertenencia a una cultura o subcultura diferenciada, aspecto que obliga a considerar las condiciones materiales tomando en cuenta siempre un determinado territorio. Nosotros, sostenemos que esta eximente debe ser interpretada de manera más plástica y alejada de métodos propios del positivismo jurídico.

---

[84] Ob. Cit., Zaffaroni Eugeni, ***Manuela de Derecho Penal…***, pp. 576, 577.

En este caso tomamos como apoyo de crítica el aspecto de identidad porque nos posibilitaría destruir esas fronteras naturales puestas por la misma Constitución Política del Estado, es decir, que el problema que identificamos resulta ser también un problema Constitucional con serias consecuencias para ciertos bienes jurídicos considerados de vital importancias para la sobrevivencia de las minorías y no solo para ellas sino de toda la humanidad como es la preservación del buen estado de salud de la madre tierra. El otro problema que identificamos es el criterio de un, podríamos decir, congelamiento del tiempo para que surja la eximente.

Sostenemos que no solo la pertenencia a una concreta cultura hace que se internalicen ciertos valores diferentes a la cultura legal dominante o hegemónica, sino que ciertos valores se van internalizando en un proceso que podríamos llamarlo de construcción mediada por principios subjetivos, intersubjetivos y objetivos que resultan en una transformación de la identidad o bien la identidad puede ser simplemente dada. Por ejemplo la identidad puede ser dada por la sangre, transformada por la relación de amigos, por la familia, por la relación entre un indígena y un no indígena, por el dinero y hasta por un ideal que finalmente termina transformando la conciencia, podríamos decir que se construye un Yo partido. Por eso es que en la ciudad de La Paz y El Alto existen aimaras y quechuas que no perdieron del todo su identidad, pero dominados por la burguesía capitalista, lo propio en el Chapare cochabambino y en la metrópoli cruceña. Basta con recordar la invitación del presidente Evo Morales a los aimaras y quechuas del Chapare para que vayan al TIPNIS a enamorar a las mujeres. Esta invitación no es otra cosa que una forma de colonización y transformación de realidades. Marchar la TIPNIS, construir carreteras, conquistar a las mujeres, talar árboles, sembrar coca y ganar mucha plata.

Dicho ello, podríamos poner el ejemplo de un ecologista occidental que haciendo carne del genocidio de los pueblos indígenas originarios campesinos, se oponga, luche y combata con bloqueos, huelgas y otros métodos en contra de las petroleras impidiendo su paso hacia los territorios indígenas. Según el texto íntegro del actual Código Penal boliviano, no existiría ninguna fuerza irresistible que le obligue a actuar de la manera descrita, tampoco concurriría error de prohibición o de comprensión, porque no pertenece a ningún pueblo indígena originario campesino. Sin embargo, el occidental ecologista se identifica con el concreto

pueblo indígena que se ve amenazado en sus formas de vida y por tanto sus acciones deben estar exentas de pena. Del mismo modo, con relación a esta suerte de congelamiento del tiempo, en el ejemplo puesto la acción u omisión que le impida comprender la reprochabilidad debe ser entendida de forma inmemorial, es decir, como un acontecimiento del pasado, del presente y del futuro.

De ahí que las normas Constitucionales y las normas penales que derivan de esta, si bien requieren de realidades, están jamás son permanentes y dadas, pues los sueños plasmados en la Constitución Política del Estado requieren ser materializados, es decir, una Constitución abierta como la nuestra requiere que veamos al futuro, requiere que construyamos el Estado Plurinacional y no que respondamos a realidades previas permanentes y dadas.

Entonces, a diferencia de Roxin, sostenemos que:

> El Derecho penal boliviano debe ser construido sobre aquello y debe responder a aquello que la Constitución Política del Estado exige construir y la elaboración de las reglas de imputación social, de responsabilidad social, deben encontrar barreras infranqueables en esas exigencias y apoyarse en los principios y valores descritos en el artículo 8.I.II de la Constitución, para vivir bien.

No está demás decir que las eximentes analizadas no tienen aplicación para el caso del FONDIOC, pues aquí, aún los administradores pertenezcan a una determinada comunidad indígena originaria campesina, rige para ellos el principio ético moral y el valor: *no seas ladrón y responsabilidad*, te dice simplemente: *respeta los bienes de tu comunidad*, pues rigen la vida de su comunidad concreta. En este caso, estos principios y valores deben ser la barrera infranqueable de imputación social de responsabilidad, porque existe necesidad de prevención general y especial.

El conflicto social generado por el TIPNIS no tendría ni puede ser resuelto por el Derecho Penal, ya que sancionando penalmente a los indígenas o eximiéndolos de responsabilidad, el conflicto no ha sido solucionado. Compréndase que se trata de la defensa de dos mundos, dos formas de vida. Todo ataque a una forma de vida será respondido en la medida del ataque.

Concluyo el análisis de la culpabilidad como categoría sistemática de la teoría del delito con las palabras de Luis Tapia Mealla:

> *"En la Bolivia de hoy, en el seno de los pueblos indígenas, entre ellos, hay concepciones jerárquicas, unos se creen superiores a otros. Aimaras y quechuas, en términos de civilización, se creen superiores al resto de los pueblos indígenas y pretenden asumir la representación del resto de los pueblos. El núcleo del gobierno del MAS está constituido con los núcleos más prósperos y de poder económico aimara y quechua que son racistas con el resto de los indígenas. Este es un problema para la construcción de un gobierno pluricultural igualitario, esto implica que la igualdad es algo que hay que inventar y construir no solo entre aquellos que hemos nacido en el seno de relaciones modernas, sino que también nos debe preocupar cuestionar y desarmar las jerarquías entre nosotros y con otras culturas. Lo más duro es enfrentar, el desmontar las desigualdades entre pueblos indígenas. Mientras existan estas desigualdades el Estado como monopolio y forma de dominación tiende a reconstituirse como en la conquista, utilizando a unos pueblos contra otros para imponer la dominación externa*[85].

1.4.3.6.- Elementos de la culpabilidad

Fijada la discusión doctrinal sobre la culpabilidad, corresponde ahora referirnos a los elementos de la culpabilidad

En cuanto a la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), el artículo 17 del Código penal establece que: *"Está exento de pena el que en el momento del hecho por enfermedad mental o por grave perturbación de la conciencia o por grave insuficiencia de la inteligencia, no pueda comprender la antijuridicidad de su acción o conducirse de acuerdo a esta comprensión."*.

La fórmula adopta por nuestro Código, impone al juzgador, establecer en qué situación personal se encontraba el sujeto al momento de realizar la acción. Es decir, no se trata de una

---

[85] Tapia Mealla, Luís, ***Diálogo: El Estado como Campo de Lucha, encuentro del Buen Vivir***, Puebla, México, marzo, 2012, edición de David Ortega.

mera relación causal, sino de averiguar si ese estado supuso una pérdida de la capacidad de comprender la antijuridicidad. En este sentido, se requiere observar: **a)** la capacidad de comprender la desaprobación jurídica y; **b)** la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión.

Por tanto, nuestro Código, excluye la responsabilidad de los menores de diez y seis, apoyado en la presunción juris et de jure, en el entendido de que los menores de diez y seis años no tienen la madurez necesaria para comportarse de acuerdo con su comprensión del derecho. Por ejemplo, cuando un sujeto mayor de edad utiliza a otro sujeto menor de diez y seis años para cometer un hecho delictivo, se entiende que el menor de edad actúa sin comprender la antijuridicidad y no tiene la capacidad de dirigir su comportamiento de acuerdo con esa comprensión. Por otro lado, se debe entender que la edad debe ser considerada al memento de la comisión del hecho y no el momento de emitirse la sentencia.

Como se tiene dicho, nuestro Código considerar también la exclusión de la capacidad de motivación a la enfermedad mental, grave perturbación de la conciencia o grave insuficiencia de la inteligencia.

El artículo 18 del Código penal establece que: *"Cuando las circunstancias de las cuales señaladas en el artículo anterior no excluyan totalmente la capacidad de comprender la antijuridicidad de su acción o conducirse de acuerdo a esta comprensión, sino que la disminuyan notablemente, el juez atenuará la pena conforme al artículo 39 o decretará la medida de seguridad más conveniente."*.

En este caso se da una capacidad de culpabilidad pero disminuya, en el entendido de que los presupuestos señalados en el artículo 17, no alcanzan a excluir totalmente la capacidad de motivación pero incide en ella y en la posibilidad de comportarse de acuerdo con esa comprensión.

Finalmente el artículo 19 establece que: *"El que voluntariamente provoque su incapacidad para cometer un delito será sancionado con la pena prevista para el delito doloso; si debía*

haber previsto la realización del tipo penal, será sancionado con la pena del delito culposo.".

En este caso, el fundamento de la punibilidad radica en el hecho de haber determinado el estado de incapacidad, ya que el comportamiento anterior es causal de la realización del tipo penal.

Con relación a la conciencia de la antijuridicidad, una de las funciones de la norma jurídica penal, es la de motivar a todo sujeto a la no comisión del hecho desaprobado por la norma penal y, precisamente para que la norma jurídica penal pueda motivar, ésta debe ser conocida por el sujeto. En consecuencia, no se podrá realizar juicio de reproche cuando el sujeto desconoce que tal o cual conducta esta desaprobada penalmente.

De esta manera el artículo 16-2) del Código penal establece que: *"El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo del tipo penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuera vencible, la pena podrá atenuarse conforme al Artículo 39."*.

Bacigalupo enseña que la creencia errónea de estar obrando lícitamente puede asumir diversas formas: **a)** En primer lugar, puede provenir del desconocimiento de la existencia de la prohibición o del mandato de acción (error de prohibición directo). Por ejemplo un turista holandés supone que en Bolivia no está prohibida la comercialización de marihuana o pueden producirse también a causa de modificaciones legales que redefinan el ámbito de las acciones punibles, por ejemplo la introducción en la ley penal de delitos nuevos. **b)** La creencia errónea de obrar lícitamente puede provenir también de una apreciación errónea del alcance de la norma (prohibición o mandato). Este supuesto no es sino una variedad del anterior. Por ejemplo, el autor cree que la prohibición de matar no alcanza a los casos de eutanasia. **c)** La creencia errónea de obrar lícitamente puede provenir, por otra parte, de la suposición de una causa de justificación que, en realidad, el ordenamiento jurídico no prevé (error de prohibición indirecto). Por ejemplo, el autor cree que el ordenamiento jurídico autoriza a los maestros a aplicar castigos físicos a los alumnos con fines educativos, cuando tal autorización no está prevista en las leyes vigentes. **d)** Por último, la creencia errónea de obrar lícitamente puede provenir de la suposición de los presupuestos de una causa de justificación prevista

por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el autor supone erróneamente la necesidad de sacrificar un bien jurídico para salvar otro de mayor jerarquía o cree ser agredido en forma antijurídica, cuando en verdad sólo se trata de una broma y repele lo que cree una agresión[86].

De esta manera podemos observar claramente que el error de prohibición recae sobre la naturaleza antijurídica de la acción, se sabe lo que se hace pero se cree que no está prohibido o que está permitido. Puede ser de comprensión o de conocimiento, este último puede ser también directo o indirecto, mientras que el de comprensión siempre es directo.

El error de prohibición directo, es aquel que recae sobre la norma misma, se refiere a la errónea valoración jurídica del acto, conforme a la norma prohibitiva. Por ejemplo el caso del turista holandés.

El error de prohibición indirecto, es aquel que recae sobre la justificación de la conducta típica, es decir, cuando el sujeto conoce la prohibición pero cree que su conducta está justificada. Puede darse cuando existe la falsa suposición de que existe una causa de justificación que la ley no prevé. Por ejemplo creer que se pude castigar corporalmente como medio educativo. Puede darse también cuando no concurre una verdadera situación objetiva de justificación. Por ejemplo, creer que uno será asaltado pero en realidad es una broma.

Las consecuencias jurídicas, las encontramos en el texto del artículo 16-2) del Código penal, es decir, que cuando el error es invencible, excluirá la responsabilidad penal. Si el error fuera vencible, simplemente concurrirá una atenuación de la sanción conforme al artículo 39.

Con relación a la exigibilidad de un comportamiento distinto adecuado a derecho, Hans Welzel sostiene que el caso más importante de la no exigibilidad de la conducta jurídica (a pesar de la imputabilidad y el conocimiento de lo injusto) es el estado de necesidad penal. Concurre cuando estando en peligro el cuerpo y la vida del autor o de un pariente suyo, sin culpa alguna por su parte, pueden ser sólo salvados por aquél mediante la lesión de intereses

---

[86] Ob. Cit. Bacigalupo, ***Derecho Penal Parte General***, p. 430.

ajenos tutelados por el derecho penal, sin que su acción pudiese estar justificada por el principio jurídico general del medio adecuado para el fin reconocido por el derecho. Se trata de la lesión de bienes jurídicos que no pueden ser utilizados nunca como medios, ni siquiera para la salvación del cuerpo y la vida, especialmente de atentados graves contra terceras personas (lesiones de la integridad corporal o la vida de terceros inocentes). Nuestro prójimo no puede ser tratado nunca como una simple cosa, sino que tiene que ser tratado también como un fin en sí mismo (Kant). Continúa afirmando, que el derecho no puede justificar, por ello, los atentados graves a la integridad corporal o la vida de terceros como medio para la salvación de la vida, sino solamente disculparlos; porque al autor, que se encuentra en la situación de necesidad, no puede serle exigida una conducta jurídica en atención a la debilidad humana. El estado de necesidad, como causa de exclusión de la culpabilidad, se basa en esta idea de la benevolencia frente a la debilidad humana[87].

Con relación al estado de necesidad supralegal como causa de exclusión de la culpabilidad, Welzel señala que: hay situaciones, sin embargo, en que el autor o sus parientes próximos no se encuentran en un peligro para su integridad corporal o su vida, sino en las cuales el autor, en virtud de un peligro para la integridad o la vida de otras personas, se ve colocado en un conflicto de deberes (conflicto de conciencia), al cual no puede sustraerse sin asumir una determinada medida de culpabilidad moral. Pone como ejemplo el caso de numerosos médicos a quienes Hitler da la orden de dar muerte a los enfermos mentales. Sólo podían salvar a los enfermos que les estaban confiados, afectados por la orden secreta, entregando un cierto número de ellos a la acción homicida y salvando de este modo a una parte considerable; si se hubiesen negado a colaborar, hubieran sido sustituidos por médicos complacientes, que habrían dado muerte a todos los enfermos afectados por la orden.

Welzel, en base a este ejemplo explica que: el autor no puede sustraerse aquí a la decisión. Si deja que las cosas sigan su curso, se convierte en causa de la muerte de todos o de la mayor parte de los enfermos e incurre en una culpabilidad moral mayor que si hubiera prestado su

[87] Ob. Cit. Welzel, El Nuevo Sistema del Derecho Penal, p. 196.

colaboración, pues de este modo hubiera podido salvar al menos a una parte de los enfermos. La última decisión es, por ello, la éticamente correcta. Pero ésta le hace incurrir también en injusto y en la culpabilidad moral, porque utiliza a hombres inocentes como medio para salvar a otros. El ordenamiento jurídico no puede hacerle, sin embargo, ningún reproche de culpabilidad ante la comunidad jurídica, por el hecho de que se hiciera responsable de un injusto menor para evitar un injusto mayor. Falta la culpabilidad jurídica, como reprochabilidad social del hecho, puesto que cualquier otro miembro de la comunidad, en lugar del autor, hubiera tenido que actuar, correctamente, del mismo modo.

Desde otra óptica, este aspecto se abordó a tiempo de tratar las causas de justificación por lo que se sugiere remitirse a este tema.

En cuanto al error, podemos decir que el error exculpante puede recaer sobre: la situación objetiva de necesidad exculpante. Por ejemplo, que el sujeto X gire un cheque sin fondos a su creedor Y, sin saber que el inmueble de su propiedad a ser rematado por la deuda es una pequeña propiedad agraria inembargable y, sobre causas que excluyen la punibilidad. Por ejemplo, el médico X no denuncia al sujeto Y por creer que es su pariente dentro de los grados reconocidos por la ley y suponer por ello que no está obligado a denunciar el delito.

1.4.3.7.- El principio de culpabilidad y la determinación de la sanción penal

El estado actual de la cuestión que empezamos a tratar señala que la actividad judicial de individualización de la sanción penal, sujeta a principios regulativos generales y especiales, comprende la elección de la concreta clase de pena, la cuantía de la misma, decidir el cumplimiento efectivo de la pena y en su caso la imposición de una medida de seguridad. Dicha actividad individualizadora, además de estar dirigida a compensar la culpabilidad por el injusto del autor, toma en cuenta, también, los fines de la sanción penal. Es lo que ocurre con el contenido de los artículos 13, 25, 37 al 46 del actual Código Penal boliviano, pues el grado de culpabilidad que se deduce de las circunstancias establecidas en los artículos 37 y 38 y el marco punitivo legal establecido en las especiales figuras delictivas, permitirían determinar la clase y medida de la pena adecuada a los fines y funciones que se expresan en el artículo 25 del Código Penal. Este marco teórico normativo no deja de ser cuestionado en

la realidad práctica, pues es en la aplicación del Derecho donde se manifiesta la incoherencia entre los fines y las funciones que se le han asignado a la pena estatal. Veamos entonces el principio de culpabilidad y la determinación de la pena para luego analizar el principio de culpabilidad y su relación con el principio de racionalidad valorativa.

Según Jeschek y Weigend, el *principio de culpabilidad* significa que la pena estatal únicamente puede estar fundada en la comprobación de que al autor le puede ser reprochado personalmente su hecho. De este principio se deduce, por un lado, que la pena presupone siempre la culpabilidad, de modo que quien actúa sin ella no puede ser castigado *(exclusión de la responsabilidad por el resultado)*; y, de otro, que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad *(determinación de la pena en el marco del límite superior de la culpabilidad)*. De este modo, sostienen los profesores citados, la esencia de la culpabilidad no es vista en un defecto del carácter adquirido por una mala y culpable conducción de la vida (culpabilidad por el modo de vida), sino que el autor en la situación concreta no se ha avenido a las exigencias del Derecho, a pesar de que ello habría sido posible (culpabilidad por el hecho)[88].

Ciertamente, como es sabido, aquí se observa una clara diferencia entre el principio de culpabilidad como presupuesto o fundamento de punibilidad y principio de culpabilidad como límite y medida de la pena. En sentido estricto, el principio de culpabilidad comprende la comprobación de la culpabilidad, es decir, si la persona al momento de realizar la conducta, comprendía su ilicitud (intelectual) y podía adecuar su comportamiento a esa comprensión (volitivo); en el segundo caso, el juicio de culpabilidad abarca también el elemento intelectual y el elemento volitivo pero se hace extensiva a la totalidad del hecho, es decir, por ejemplo, a la ideación, preparación, ejecución, grado de participación, lesión o grado de lesión al bien jurídico, medios empleados, motivaciones, autodeterminación personal, condiciones económicas, cultura, etc. De ahí que el principio de culpabilidad no sea solo *fundamento* sino

[88] Jeschek Heinrich Hans, Weigend Thomas, ***Tratado de Derecho Penal. Parte General***, Volumen I, 5° edición, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Instituto Pacífico, 2014, Lima – Perú, p. 34.

también *límite y medida* de la pena. Aquí, en el estadio de la individualización de la pena, se subraya la intensidad entre la reprochabilidad de la conducta y la pena con la finalidad de que esta pueda compensar el injusto y cumplir con las funciones de prevención general y especial.

Dado que la culpabilidad es la base para la individualización de la pena, aquí se remarca únicamente las circunstancias materiales que se debe observar para el juicio graduable de la culpabilidad referentes a la culpabilidad por el injusto y por el acto. Al respecto debemos decir que la persona no solo es esencia sino también presencia, tal como habíamos fundamentado en otro lugar de este trabajo; entonces, el evento concreto y la culpabilidad, valoradas según las circunstancias que aparecen en el catálogo del referido artículo 43, pueden jugar a favor o en contra del autor del delito.

Con relación a la *culpabilidad por el injusto*, Zaffaroni sostiene que la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados, son una incuestionable referencia al grado de injusto, y nos recuerda que la naturaleza de la acción era la calidad de la acción en el código de Baviera, y que conforme al artículo 186 del código de Tejedor se trataba de una cuantificación del injusto: bajo el punto de vista de la naturaleza de la acción, la criminalidad es mayor: *1.* Por la gravedad de la infracción y del perjuicio causado o por causarse. *2.* Por razón de la extensión del daño o del peligro, y especialmente según que ha sido mayor o menor el número de las personas ofendidas, y según que el crimen ha dañado o expuesto a una lesión al Estado mismo, a comunidades enteras, a una cantidad indeterminada de personas, o sólo a ciertas personas determinadas[89]. Del mismo modo, la participación en el hecho, es indicador del grado o magnitud del injusto, abarcando a los coautores y a los partícipes, debiéndose determinar en forma precisa y conforme a las particularidades del hecho cuál es su contribución concreta al conflicto[90]. Con relación a las agravantes y atenuantes, Zaffaroni enseña que estas son constantes valorativas que el

[89] Ob. Cit. Zaffaroni, Alagia, Slokar, ***Derecho Penal Parte General***, p. 1047.
[90] Idem.

Derecho Penal debe tomar en cuenta para complementar e incluso dar contenido a los indicadores de medición de la culpabilidad por el injusto, por ejemplo, la posición en la que se encuentra la víctima, pues cuanto más vulnerable sea la víctima, mayor será el reproche del injusto[91].

Con relación a la *culpabilidad por el acto*, se entiende el reproche del injusto, tomando como criterios la motivación, en cuanto a su grado de aberración, y el espacio o ámbito de decisión del autor en la situación concreta del hecho[92]. La calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir es la base más incuestionable del reproche de culpabilidad por el acto. Con la motivación se está tocando el núcleo de la culpabilidad, puesto que la esencia de la misma es, precisamente, haber podido motivarse de otra manera[93]. Con este problema, de la culpabilidad por el acto, está conectado el problema del error vencible como invencible, pues es mayor la exigencia de comprensión de la antijuridicidad respecto de quien la conocía que con relación a quien la hubiese podido conocer con cierto grado de diligencia, a condición de que ese desconocimiento no obedezca a manifiesta indiferencia[94]. Del mismo modo, los vínculos personales a que hace referencia la ley, son en principio, los que unen al autor con el sujeto pasivo, y que pueden hacer más exigible la conducta conforme a derecho, como el supuesto de razones de parentesco o de especial confianza, lo que está unido a la calidad de las personas, y eventualmente determina una mayor o menor exigibilidad (y, por ende, reprochabilidad) de la conducta jurídica. Al respecto, aclara Zaffaroni, no se trata de la calidad especialmente consignada en los tipos penales, que denota un mayor contenido del injusto, sino de la calidad que da lugar a una mayor exigibilidad atendiendo a las circunstancias concretas. Ante estas circunstancias de mayor exigibilidad, los motivos deben valorarse en particular relación con ellas[95].

---

[91] Idem. p. 1048.
[92] Idem. p. 1050
[93] Idem. p. 1052.
[94] Idem.
[95] Idem.

En cuanto al ámbito de autodeterminación del sujeto, éste resulta más o menos amplio en la medida en que la vivencia del agente, en el momento del hecho, haya estado más lejana o más próxima a una causa de exculpación, como puede ser coacción, el miedo, la necesidad exculpante, o la incapacidad de comprensión. Aquí, también aclara Zaffaroni, no se trata de formular un reproche de la personalidad, sino de determinar, a los efectos del reproche de la conducta, el catálogo de conductas posibles que le permitían las características de su personalidad en la constelación situacional concreta, por ejemplo el mitómano que comete una estafa tiene su culpabilidad reducida en comparación con el que no es mitómano, porque el abanico de acciones que permite su personalidad es más estrecho, y para no mentir necesita realizar el esfuerzo que no requiere quien no es mitómano, pero desde un punto de vista preventivista aumentaría el reproche. En este punto, Zaffaroni llama la atención en los casos de los llamados delincuentes habituales, en sentido que la costumbre o inclinación al delito resulta razón suficiente para rechazar toda atenuante[96].

La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, son indicadores de personalidad o bien de las características personales del agente, que denotan su ámbito de autodeterminación. También deben tomarse en cuenta otros momentos del curso vital, susceptibles de significación sobre el grado de autodeterminación disponible (adolescencia, climaterio, jubilación). Del mismo modo, Zaffaroni resalta la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, introduciéndose, con esta fórmula, en el Derecho Penal la cuestión social al reconocerse que existe una distribución inequitativa del espacio social entre la población, y que, en consecuencia, de éste depende en buena medida el ámbito de autodeterminación de una persona[97].

Del análisis que Zaffaroni hace del artículo 41 del Código Penal argentino, cobran importancia dos aspectos que nos parece fundamentales. El primero, referido al hecho de que no puede existir dentro de la teoría de la responsabilidad penal ningún reductor operante en

[96] Idem.
[97] Idem. p. 1053.

la función de contención en el momento de la cuantificación penal que no sea una proyección de los filtros de la teoría del delito, y, por tanto, tampoco puede existir una culpabilidad de cuantificación penal distinta de la culpabilidad normativa del delito, ni siquiera para reducir la indicación que ésta aporta para la pena.

En este marco doctrinal, podríamos ensayar un proyecto de *carácter restaurador* aún exista, en el caso concreto, necesidad de sanción penal que se deriva de la gravedad del delito conforme el orden de bienes jurídicos lesionados según la Constitución Política del Estado, por lo que las circunstancias o propiedades de las cosas, siempre singulares e irrepetibles, al ser objeto de valoración, podrían admitir reductores que no se deduzcan de la culpabilidad por el injusto o por el acto. Considero que este aspecto es aceptado por el profesor Zaffaroni cuando sostiene que también deben tomarse en cuenta datos que son ajenos al delito, tal es el caso de los efectos que puede causar la ejecución de una sanción penal en contra de una mujer con niños o niñas a su cargo. Pero también piénsese en utilizar un látigo durante el acto sexual consentido que produzca lesión a una de las partes, cuya motivación sea la satisfacción sexual unilateral, puede ser resuelto a través de una pena de reparación económica que no se corresponda con el grado de culpabilidad. El segundo aspecto está relacionado al hecho de que el reproche del injusto que incide sobre la pena debe ser entendido como pura culpabilidad de acto, sin contaminación con consideraciones preventivistas ni componentes ajenos al hecho mismo, sea por abarcar reproches de personalidad o por incorporar consideraciones referidas al futuro. Así, el principio de prevención general en la cuantificación de la pena se enfrenta al principio de culpabilidad, pues la necesidad de intimidación, integración, o estabilización hace que se supere la medida de la pena. De este modo, sostiene Zaffaroni, el humano viene a ser considerado un simple medio para la conservación del orden social. Por otro lado, cuando se pretende introducir consideraciones de prevención especial, son inevitables las referencias al comportamiento futuro de la persona y, por ende, la culpabilidad deja de ser tal, por importar algo diferente del reproche del

injusto, habida cuenta que mira al futuro, en tanto que ésta, la culpabilidad, no puede sino hacerlo hacia el pasado[98].

Al respecto, es necesario recordar dos aspectos de la teoría de Roxin sobre la culpabilidad y su relación con los fines de la pena. Siguiendo el criterio de Heinrich Henkel, sostiene que la *exigibilidad*, componente general de la culpabilidad, no es un concepto normativo, sino un principio regulador carente de contenido que enseña al juez decidir según la situación del caso concreto, es decir, debe ponderar el caso concreto en base a criterios proporcionados por la teoría del fin de la pena. De ahí que el marco para la determinación concreta de la pena se forme por la culpabilidad, como fundamento de la misma, y que sean las consideraciones preventivas quienes decidan sobre la magnitud de la pena[99]. Por su parte Zaffaroni admite un principio de mínima proporcionalidad de la intervención punitiva, considerándolo uno de los límites que debe observar el ejercicio del poder punitivo, que no se deriva de ninguna naturaleza ni función retributiva de la pena (culpabilidad como criterio limitador de la pena, según Roxin), sino de la *necesidad de contener la irracionalidad del poder*[100].

En este sentido, consideramos adecuado considerar que la culpabilidad se constituye en el punto de partida para la determinación de la sanción penal y, en su mérito, la introducción de principios regulativos mucho más amplios, tales como la *racionalidad, utilidad, personalidad y proporcionalidad*, pueden vincular el juicio de culpabilidad con los fines de la pena. De tal manera, que en el contexto social actual y de aplicación del Derecho Penal, estos principios -*racionalidad, utilidad, personalidad y proporcionalidad*- al ser una proyección del carácter racionalizador del poder punitivo, ponen en cuestión al principio de culpabilidad como único criterio para definir el *tipo* y la *magnitud* de la sanción penal. Dicho de otro modo, los principios fundamentales de carácter constitucional y los principios sustantivos penales que se proyectan hasta el estadio de determinación de la sanción penal, estarían pensados, teóricamente, para: primero, aliviar las contradicciones entre el principio

---

[98] Idem. p. 1050 y 1051.
[99] Ob. Cit. Roxin, ***Culpabilidad y Prevención…***, pp. 60 y 116.
[100] Ob. Cit. Zaffaroni, ***Derecho Penal…***, p. 73.

de culpabilidad y los fines de la pena y entre los mismos fines que se le asignan a la pena; y, en segundo lugar, para hacer que la respuesta punitiva sea coherente no solo con las exigencias del vigente orden social, sino también para que la solución que se dé al conflicto jurídico penal pueda proyectarse hacia el orden social que se pretende alcanzar.

No obstante, el Derecho Penal es un instrumento de máximo control social y responde cuidando intereses de clase y, por tanto, es teleológico en sentido de que se encamina a determinados fines, por ello, acogiendo el criterio del profesor Zaffaroni, consideramos que el contenido de las normas penales, deben orientarse hacia un Derecho Penal mínimo racionalizando en lo posible el poder punitivo estatal como última respuesta al conflicto jurídico penal. Dicho de otro modo, el marco normativo penal, para solucionar el conflicto jurídico penal, no admite interpretaciones de lógica jurídica. Por ello, es conveniente analizar el principio de racionalidad valorativa en conexión con la culpabilidad, puesto que consideramos que lo sostenido por Zaffaroni y lo postulado por Roxin encuentran conexión en que ambos limitan el criterio valorativo a un principio de autoridad normativa. Pero, antes de abordar esa tarea, es necesario referirnos al contexto político y social que dio origen al nuevo orden normativo en el que se pretende construir un Sistema Jurídico Penal.

CAPÍTULO II
MARCO CONTEXTUAL
EL PROCESO CONSTITUYENTE Y EL SURGIMIENTO DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

El profesor Enrique Cortez Romero, en su libro *Para leer el nuevo orden jurídico: De Kelsen a las determinaciones contextuales*, con el propósito de descubrir el contenido esencial del orden jurídico y político del nuevo Estado Plurinacional de Bolivia, propone partir del preámbulo de la Constitución Política del Estado, argumenta:

> *"Sobre la base conceptual que define el preámbulo como la parte de un texto constitucional en la que se declara los fundamentos y principios generales establecidos por el poder constituyente y desde los cuales toman sentido el conjunto de las respectivas disposiciones constitucionales; (...) se encara su consideración partiendo de la certidumbre que en sus contenidos se encuentran las bases constitutivas del Estado y el nuevo orden jurídico, así como también, las bases esenciales configurativas del nuevo poder soberano tanto del Estado y del orden jurídico correspondiente"*[101].

Siguiendo la lógica argumentativa del profesor Enrique Cortez Romero, en un periodo pos-constituyente relativamente corto, conviene analizar la función que el Derecho penal boliviano viene cumpliendo en esta compleja y problemática construcción *en* desarrollo del Estado Plurinacional de Bolivia, identificar también a sus víctimas históricamente oprimidas y excluidas. Para este fin será necesario realizar un pequeño recorrido histórico para encontrar los núcleos comunes que dieron forma y contenido al Estado Plurinacional de Bolivia y a partir de allí encontrar las deficiencias y obstáculos que impiden la gestión y desarrollo del contenido esencial del Estado Plurinacional de Bolivia.

---

[101] Cortez Romero Enrique, ***Para leer el nuevo orden jurídico: De Kelsen a las determinaciones contextuales***, Editorial La Leyenda, Sucre, Bolivia, 2012, p. 203.

Por otra parte, entiendo por *Plurinacional* un concepto complejo y problemático en permanente construcción y desarrollo para garantizar, promover y reafirmar la unidad del Estado boliviano, las libertades, derechos, garantías y deberes de los bolivianos y las bolivianas, las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas. Entonces, lo *Plurinacional* no es el simple *reconocimiento formal* de la diversidad de lenguas, culturas, formas de gobierno y de trabajo de determinadas y concretas comunidades. Lo plurinacional, por el contrario, implica, a partir del reconocimiento formal del Estado Plurinacional de Bolivia, la *capacidad* de *gestionar* el *desarrollo* de esas diversas formas de posibilidad de vida de la comunidad toda. Esto impone, al nuevo bloque de poder político, la obligación de retener el poder estatal como posibilidad para desarrollar el contenido del Estado Plurinacional

2.1.1- El proceso constituyente

El Preámbulo de la Constitución Política del Estado reza:

> ***"[…] El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado […]".***

Al respecto, Adrián Cáceres Ortega[102] anota que el Preámbulo de la Constitución Política del Estado Plurinacional anuncia una perspectiva de liberación y una esperanza que se inspira en el derrotero fecundo de las luchas y rebeliones del pasado y del presente del pueblo boliviano y anuncia además nuevas jornadas porque el verdadero proceso de liberación nacional no ha concluido y quedan aún muchas por delante. Con relación a las luchas y rebeliones del pasado, Cáceres sostiene:

[102] Cáceres Ortega Adrián Miguel, Introducción al Derecho Civil del Estado Plurinacional de Bolivia. Segunda Parte: Contexto Histórico. Personas, Servicios Gráficos IMAG, Sucre, Bolivia, 2015, p. 89.

"Las determinaciones de las guerras de la independencia pueden ser y de hecho son múltiples. Sin embargo la historia oficial; que es la historia de los vencedores, soslaya, a pesar de su obviedad, la profunda situación de injusticia y la inequidad de la colonia […] como causa fundamental de los procesos independentistas. Suelen defenderse con bastante solvencia académica, aunque cuestionables y discutibles eso sí, verdades a medias o postulados sesgados que buscan esconder y deslegitimar los saberes que desde la profundidad de la historia, que merced a la erudición del pensamiento de los dominados y de los explotados, busca construir su propia historia a fin de transformarla sobre la base de la contrastación de una realidad despojada de subjetividades, de romanticismo y de idealidad a diferencia del pensamiento que busca justificar y mantener la dominación y la explotación. Una de esas medias verdades y uno de esos postulados sesgados es la afirmación que suele repetirse candorosamente, esto es que aquí en Chuquisaca se lanzó "el primer grito libertario de América" Esta es una media verdad o una verdad sesgada […] Lo real es que desde el momento mismo de la llegada de los españoles, comenzó la resistencia contra su poder colonial y contra la inequidad de su orden jurídico político. La causa de la libertad de los pueblos sojuzgados y explotados inhumanamente se gritó a todo pulmón dese su propia garganta a partir del momento mismo de nuestro cautiverio en nuestras propias tierras impuesto por el conquistador español. Los Incas de Vilcabamba encabezaron las primeras resistencias hasta que el Virrey Toledo ejecutó a Túpac Amaru I y exterminó a toda su familia. Las sublevaciones indígenas no sólo fueron frecuentes durante toda la colonia, sino una de sus características fundamentales. La historia de la colonia es la historia de la rebelión indígena apagada siempre de forma sangrienta y con la crueldad propia del dominador español acostumbrado a la represión y al terror como castigo ejemplarizador destinado a conjurar futuras rebeliones imposibles de detener porque a la colosal rueda de la historia no se la puede detener ni siquiera a costa de la sangre de sus protagonistas. Ante los ojos impávidos de los universitarios de Charcas se produjo el espectáculo sangriento de las Rebeliones de Túpac Amaru II […]"[103].

En la caracterización realizada por Cáceres, encontramos como núcleos comunes de las constantes rebeliones durante la colonia a la inequidad e injusticia del orden jurídico y político en la forma de dominación y explotación y la represión y terror como forma de conjurar nuevas rebeliones. La colosal rueda de la historia, como dice Cáceres, no pudo ser

[103] Idem., pp. 50, 51.

detenida con el derramamiento de sangre durante la colonia, tampoco durante la época republicana, tales las rebeliones caracterizadas como las guerras del agua y del gas ocurridas en las jornadas del año 2000 y 2003 produciendo el derrocamiento del gobierno de Gonzalo Sánchez de Lozada y la posterior instauración de un nuevo orden jurídico y político, y como avizora el Preámbulo de la Constitución Política del Estado aún restan jornadas de lucha porque el verdadero proceso de liberación nacional no ha concluido, tal como advierte Cáceres.

Luis Tapia[104], analizando las rebeliones contemporáneas que se han dado en Bolivia, argumenta que estas se han producido y desplegado a partir de una composición de estructuras sociales y políticas que en momentos críticos pasan de ser organizadoras de la vida social y en este sentido también del orden político, por lo menos en cierta medida, a ser parte de momentos y fuerzas de fusión que las articulan dentro de los procesos de desorganización temporal del mismo orden político. Las cosas se complican más, dice Tapia, en sociedades con un pasado de colonización. Para Tapia, las estructuras sociales, por la fluidez de lo social y de lo político, pueden adquirir la forma de estructuras de rebelión. A modo de esquema sugiere que las estructuras de rebelión son una articulación de las siguientes dimensiones: forma de organización; una historia común más o menos compartida en tanto experiencia de hechos y sentidos; una memoria; un proceso de acumulación histórica; proyectos políticos; la constitución de identidades y sujetos políticos; todo esto en relación a un horizonte de clivajes sociales y políticos o lo que podemos llamar una estructura de conflicto[105].

Para entender estas estructuras de rebelión a las que se refiere Luis Tapia y a partir de ellas analizar los conflictos sociales pos-constituyente que *adquirieron relevancia penal* y para reafirmar el postulado de Cáceres en sentido de que aún faltan jornadas de lucha para alcanzar

---

[104] Tapia, Luis ***"Bolivia: ciclos y estructuras de rebelión"***, en AA.VV, **Bolivia: memoria, insurgencia y movimientos sociales**, Compiladores: Maristella Svampa y Pablo Atefanoni, CLACSO, OSAL, Editorial El Colectivo, Buenos Aires, 2007, p. 171
[105] Idem., p. 172.

la verdadera liberación del pueblo boliviano, nos detengamos primero en los ciclos de rebeliones ocurridas durante buena parte de la época republicana. Esto nos permitirá analizar y detectar la función que viene cumpliendo el Derecho penal y las nuevas funciones que debería cumplir en el nuevo Estado Plurinacional.

2.1.2.- Núcleos comunes de formación del Estado Plurinacional de Bolivia

Derrotado el sujeto de opresión y exclusión, más no el sistema, nace la República de Bolivia para empezar a tomar cuerpo el Derecho republicano formal. Cáceres Ortega, en su ya citado libro *Introducción al Derecho Civil del Estado Plurinacional de Bolivia Segunda Parte: Contexto Histórico. Personas*, luego de analizar las relaciones políticas y las bases normativas, sostiene:

> *"Nacía así formalmente la república por decisión de la Asamblea alto peruana. Y si la* ***Junta Tuitiva*** *de 1809 contó con representación indígena, en la* ***Asamblea Deliberante*** *ellos brillaban por su ausencia, al margen que ésta estaba compuesta en su amplia mayoría por criollos que habían combatido o apoyado al Ejército Realista, cambiando convenientemente de bandera sólo en las postrimerías de la guerra. De los guerrilleros que combatieron en los 15 años que duró la guerra de la independencia, sólo estaba presente José Miguel Lanza que desempeñó un papel francamente deplorable. Los intereses e ideales que gestaron la revolución en 1809 no estaban representados, por eso no le faltó razón al historiador Charles Arnade al calificarlos duramente como "tránsfugas" y "dos caras". La aristocracia heredada de la colonia había logrado reacomodarse a las nuevas circunstancias para que no se tocaran sus antiguos privilegios*[106].

Aquí dos aspectos importantes que identifica Cáceres en la institucionalización formal del Derecho republicano, primero la exclusión indígena como condición para que la clase dominante mantenga sus antiguos privilegios. Entonces no había forma que el derecho

[106] Ob. Cit., Cáceres Ortega, ***Introducción al Derecho Civil del Estado***…, p. 64.

republicano pueda reconocer *al otro* –al indígena, al pobre, al desposeído- *como igual*. Al respecto Cáceres, citando a Guardia A., escribe:

> *"La Constitución Vitalicia de 1826 había surgido en el contexto de una sociedad rural y fundamentalmente agrícola. La realidad de la presencia de una numerosa población indígena que continuaba con el mismo sistema de producción y el régimen de explotación colonial español, sujeta a la misma carga tributaria, tan solo por el hecho de su condición racial, fue excluida del proyecto y de los programas liberales. El Congreso Constituyente de 1826, con relación al problema del indio había señalado "(...) originaria de nuestro pueblo, oprimida todavía por la costumbre de humillarlos, han sido rescatados de la parte de ultraje con que eran tratados, pero,* ***ellos no están aún en la dignidad de los hombres…****".*[107] El énfasis es nuestro.

Quiénes eran estos sujetos negados en su dignidad de hombres en su propia tierra, eran simples inhumanos reducidos a nada, inexistentes para la clase dominante, egoísta e insensibilidad que no eran capaces de reconocer al *otro como igual*, el *cara a cara,* postulado por la filosofía de Lévinas. Esa insensibilidad de no reconocer la corporalidad del otro fue traducida en la primera constitución política de Bolivia, pues el artículo 11 consideraba bolivianos a "todos los nacidos en el territorio de Bolivia", pero el artículo 14 se encargaba de negar esta condición, pues para ser ciudadano se requería *"saber leer y escribir, tener algún empleo o industria, profesar alguna ciencia o arte, sin sujeción a otro en la clase de sirviente, etc."*; por ello, se acoge el criterio de Cáceres, en el sentido de que los indígenas eran considerados pongos o yanaconas por el sólo hecho de que no sabían leer ni escribir, ni profesaban ciencia o arte occidentales.

Álvaro García Linera, analizando los momentos de construcción de la ciudadanía legítima, llama a esta condición "Ciudadanía de Casta", escribe:

> *"En este orden, los indios son la nada del Estado, constituyen su externalidad más fundamental; mientras que los niños deben esperar la herencia y el crecimiento biológico*

[107] Idem, 74.

para acceder a sus derechos, y las mujeres, que también están excluidas de los derechos ciudadanos, pueden influir en el curso de las estrategias matrimoniales para preservar y ampliar el patrimonio familiar que garantice la ciudadanía. Los indios, hombres y mujeres, se presentan de entrada como la exterioridad más profunda e irreductible del Estado. De hecho, el Estado republicano nace a cabalgadura en contra de la indiada, y todo su armazón argumental no hace más que repetir, mediante disposiciones administrativas, este imperativo social de unas clases pudientes que no tienen en común más que la misión de atrincherarse en el Estado en contra de los indios"[108].

Ximena Soruco Sologuren, al analizar cuál era la lógica del pensamiento sobre la cuestión indígena y la forma de ejercer la política a inicios del siglo XX, nos recuerda y reflexiona:

"Ismael Montes, quien sería presidente poco después, comenta en 1899: "Tenemos en Bolivia una crecida población indígena que carece hasta de las nociones elementales de la civilización. Su ignorancia llega al punto de hacer de la idolatría una religión y del culto un motivo de embriaguez. Considera lícito aliviar los sufrimientos físicos del padre, apresurándole la muerte por medio de una soga, cuando, a su juicio él no puede recobrar la salud (...) si aspiramos a la federación, cosa imposible con aquél elemento, debemos empezar por educarlo. En tres cuartos de siglo de que Bolivia lleva de vida independiente, nada se ha hecho por levantar esa raza de la postración en que se encuentra. Tiempo es de procurarle medio de civilización, que es también el mejor medio para trabajar por el adelanto del país". Periódico El Comercio, La Paz. 25-08-1899. Es muy significativo que el 2009, el editorial del semanario Pulso utilice un argumento idéntico al de Montes, un siglo atrás. Este editorial se queja de lo falsamente indianista que es la nueva constitución al tener una tradición liberal, occidental y no tomar en cuenta las dos mayores causas de postración del indio: tener muchos hijos y ser alcohólicos. Así señala: "La constitución no dice nada respecto los elementos más mortíferos de la opresión indígena, esto es, la explosión demográfica, que encadena a las comunidades a la pobreza, y el abuso masivo y crónico del alcohol". "¿Bolivia votará una Constitución indianista? En Semanario Pulso, N° 486, año 9, del 24 al 31 de enero 2009, p. 5"[109]**.**

---

[108] García Linera Álvaro, ***La potencia plebeya: Acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia***, compilador Pablo Stefanoni, Siglo del Hombre Editores y Clacso, Bogotá, 2009, p. 177.
[109] Soruco Sologuren Ximena, ***Apuntes para un Estado Plurinacional***, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, Dirección de Participación Ciudadana, La Paz – Bolivia, p. 37, pie de página N° 34.

Más de la mitad de la población boliviana era considerada incivilizada y en desfallecimiento y por ello imposible de considerarlos como sujetos para construir un futuro de país, salvo que se los educara. Pero lo que más llama la atención son dos aspectos que hoy se repiten como fundamento casi verdadero: primero, que el consumo de alcohol haya servido para condenar a un ex asambleísta departamental de Chuquisaca, se recordará la "borrachera" en los ambientes de la Asamblea Departamental de Chuquisaca, ocurrida el año 2013, aspecto que en su momento critiqué, pues consumir bebidas alcohólicas no puede caracterizarse como un acto de corrupción, sea el lugar que sea, porque sencillamente los delitos de corrupción no tienen por finalidad prevenir por medio de la sanción penal el consumo de bebidas alcohólicas[110]; segundo, que la explosión demográfica, el tener muchos hijos sea causa de pobreza y la pobreza ahora sea argumento utilizado, por algunas organizaciones de mujeres, para legalizar el aborto.

Los criterios críticos de Cáceres Ortega y de García Linera, la exclusión y el Estado como trinchera de las clases pudientes, permiten identificar a las víctimas históricas del sistema político y jurídico de la época republicana: las mujeres, los indios y los obreros. Estos sujetos históricos, con la dinamizada e intensificada forma de organización, con intereses y proyectos propios pero no excluyentes y también con objetivos comunes, son los que van creando las condiciones para el surgimiento del actual Estado Plurinacional de Bolivia. Por ello, a continuación se analizarán algunos ciclos de rebeldía que atravesaron por la historia boliviana, caracterizadas por la masacre preventiva.

Un hecho significativo de la historia boliviana fue la guerra civil de 1899 que enfrentó al norte y sur del país dada la crisis económica del momento con la caída de los precios de la plata y el fortalecimiento de la ciudad de La Paz como nuevo polo de desarrollo económico mediante la explotación de nuevas materias primas como el estaño y además el desarrollo de nuevas vías de comunicación con el Pacífico. Pero lo que interesa en este trabajo es la

[110] Ortega Sivila, Carlos E., "Evaluación Crítica de un Proceso Penal: La "Borrachera" en los ambientes de la Asamblea Departamental de Chuquisaca", en: Punitivismo en Bolivia, Servicios Gráficos IMAG, Sucre – Bolivia, 2014, Pp. 17-52.

participación del ejército indio en dicha guerra federal comandado por Zárate Willka, ya que los liberales de la época se olvidaron de la gran mayoría quechua y aymara.

Los antecedentes de la participación de los indios a la cabeza de Zárate Willka en la guerra federal se encuentran en la decisión del dictador Mariano Melgarejo, poniendo sus tierras comunitarias en pública subasta mediante Decreto del 20 de marzo de 1866, proyecto concretado con la dictación de la ley de Ex-vinculación de 1874 durante el gobierno de Tomás Frías[111]. Esta ley no significa otra cosa que la fractura de la base de relación histórica del indio con la tierra, de ahí que la población india de composición mayoritaria empiece la lucha por la reivindicación de sus tierras.

La historia oficial contada de la guerra federal oculta la confrontación entre dos proyectos absolutamente contrapuestos que puede sintetizarse en la figura del líder liberal, José Manuel Pando, y en la figura del caudillo indígena, Pablo Zárate Willka. La relación entre ambos empieza ya en 1896 y se acentúa en 1899. A Zárate le interesa la reivindicación de las tierras usurpadas por los liberales federalistas y a Pando utilizar a los indios como carne de cañón durante el enfrentamiento entre el norte y el sur. Al respecto, Rivera Cusicanqui sostiene que si bien los rebeldes participaron en el bando liberal durante la primera fase de la guerra civil, no tardaron en desarrollar objetivos autónomos, no siempre planteados en forma explícita. Su programa de reivindicaciones puede sintetizarse en cuatro puntos: restitución de las tierras comunales usurpadas, lucha defensiva contra la agresión del criollaje latifundista, desconocimiento de la autoridad de liberales y conservadores sobre las tropas indias y constitución de un gobierno indio autónomo bajo la autoridad de su máximo líder. Ello muestra, dice Rivera Cusicanqui, que los rebeldes percibían sus intereses como radicalmente ajenos a los de cualquiera de los bandos en pugna, y que descubrieron tempranamente el carácter intra-casta de la confrontación liberal-conservador[112].

---

[111] Rivera Cusicanqui. Silvia, ***Oprimidos pero no vencidos. Luchas del Campesinado Aymara y Quechwa, 1900 – 1980***, Ed. La Mirada Salvaje, cuarta edición, La Paz – Bolivia, 2010, pp. 83 y 84.
[112] Idem. p. 85 y 86.

El 12 de abril el Coronel José Manuel Pando al lado de Pablo Zárate Villca, ingresan triunfantes a Oruro. Pero en este momento, como en todos, Pando está consciente del peligro que los proyectos indígenas representan al proyecto liberal, por lo que era imprescindible eliminarlos y así prevenir la inminente rebelión.

Mientras los liberales discutían sus proyectos reafirmando el liberalismo y desechando el federalismo, desconociendo y combatiendo la autodeterminación indígena, el 23 de abril de 1899 los líderes indígenas eran apresados, Juan Lero es apresado en Peñas y Zárate Villka en Sica Sica, acusados por las masacres de Ayo Ayo y Mohosa. Juan Lero muere a los 60 años en prisión sin conocer sentencia; Zárate Villka es absuelto por los hechos de Ayo Ayo, pero todavía debe afrontar el juicio por Mohosa. En 1903 camino a La Paz Zárate Villka es muerto por sus custodios en un intento de fuga, eso es lo que se dice. Así se desvanece de momento las reivindicaciones indígenas por las cuales habían apoyado a los liberales federalistas. A José Manuel Pando le esperaba un trágico destino, fue asesinado en 1916. Zárate y Pando asesinados por sus aliados.

Si nos colocamos en el terreno de lo ocurrido aquel 24 de mayo del año 2008: campesinos con sus torsos desnudos, arrodillados, obligados a besar la bandera de Chuquisaca y a besar el suelo de la plaza 25 de Mayo, sufriendo y soportando a la par una serie de insultos por una muchedumbre enardecida y descontrolada, guiada por resentimientos[113], y contrastamos estos hechos con el federalismo de finales del siglo XIX, con la lucha de Zárate Villka por la constitución de un gobierno indio autónomo bajo la autoridad de su máximo líder, agregando esos hechos con la acción colectiva de pedido de una asamblea constituyente de principios del presente siglo y la inclusión de las autonomías y la autodeterminación de las naciones y pueblos indígenas originarios en el debate durante la Asamblea Constituyente instalada el 6 de agosto del año 2006, sin duda las similitudes son incuestionables.

[113] Ob. Cit., Ortega Carlos, ***Punitivismo en Bolvia…,*** p. 55 y ss.

A los liberales de finales del siglo XIX no les interesaba las reivindicaciones de los indígenas ni a estos el proyecto político liberal, a los conservadores de la ciudad de Sucre de principios del presente siglo, constituidos en el llamado "Comité Interinstitucional" supuestamente para reivindicar a Sucre como Capital Constitucional del Estado y Sede de los Poderes del Estado, convertidos en instrumento político de la dirigencia extremista del Departamento de Santa Cruz de la Sierra, no les interesaba los proyectos políticos campesino-indígena que se debatían en la Asamblea Constituyente, porque como se dijo, se convirtieron en títeres de la dirigencia cruceña con la finalidad de hacer fracasar dicha Asamblea, pues esta se constituía en una amenaza a los intereses de la rosca oligárquica imperante en Bolivia. Del mismo modo, a los campesinos e indígenas del Departamento de Chuquisaca, sobre los cuales se descargó la furia capitalina, no les interesaba dónde terminaría siendo reconocida la capital de Bolivia y la sede de sus poderes, pues la Asamblea Constituyente para los campesinos e indígenas, no solo de Chuquisaca sino de toda Bolivia, se convirtió en un espacio de viabilidad de sus formas de vida, es decir, de lucha por lograr su reconocimiento pleno con autonomías y autodeterminación. Dicho de otro modo, los campesinos chuquisaqueños nada tenían que ver con la defensa de la sede de gobierno paceña. Aquí recobran vida las palabras de Cáceres Ortega: "*Ante los ojos impávidos de los universitarios de Charcas se produjo el espectáculo sangriento de las Rebeliones de Túpac Amaru II"*, ahora podemos decir que: *"Ante los ojos impávidos de los universitarios de Charcas, el 24 de mayo de 2008, se produjo el espectáculo de humillación más atroz de la historia sucrense"*.

La colosal rueda de la historia no se la pudo detener ni siquiera a costa de la humillación de aquellos campesinos desnudos en la plaza 25 de Mayo. Pero esta colosal rueda de la historia se invirtió. Juan Lero muere a los 60 años en prisión sin conocer sentencia y Zárate Villka muere, se dice, por sus custodios en un intento de fuga, pero muere en condición de prisionero del Coronel Pando, es decir, de la clase opresora. Ahora, los procesados, acusados y con

sentencia aún sin ejecutoria son los miembros del llamado "Comité Interinstitucional"[114]. Sin embargo, esta historia tiene capítulos por develar y por concluir.

Lugentis Campi *"Campos de Dolor"* fue el título que Mariano Baptista eligió para describir el dolor de los días de abril de 1899. Este título debería ser elegido por todos los bolivianos y bolivianas para describir el dolor que atraviesa el cuerpo histórico de Bolivia desde 1492 hasta nuestros días, para reafirmar que aún hay tiempo, tiempo para hacernos cargo del que padece hambre, sed y frio.

La fractura de la base de relación histórica del indio con la tierra y la expansión del latifundismo provocada por la ley de Ex-vinculación, consiguió, argumenta Rivera Cusicanqui, que las comunidades generaran como mecanismo de defensa la revitalización de los sistemas de autoridad comunal tradicional o "caciques apoderados" de las comunidades, quienes asumieron la función de mediadores entre dos mundos antagónicos[115]; es decir, que fue la misma ley de Ex-vinculación la que posibilitó a las comunidades indígenas adoptar una nueva forma de lucha para la reivindicación de sus tierras.

A los legisladores de 1874, dice Rivera Cusicanqui, no se les ocurrió pensar que las comunidades pudiesen tener títulos de *propiedad privada*, expedidos varios siglos atrás a favor de sus caciques y autoridades comunales. En efecto, continúa Rivera, muchas comunidades comenzaron a desenterrar antiguos títulos de propiedad expedidos en los siglos XVI y XVII, a través de las visitas y composiciones de tierras, en los que los mallku y kuraka andinos figuraban como ambiguos propietarios de sus ayllus. Estos títulos coloniales, según Rivera, fueron una pieza clave en la lucha legal y en la agitación realizada por los líderes comunales[116]. En otros términos, podemos decir que las autoridades comunales utilizaron las formas jurídicas o el sistema jurídico vigente en la época para pelear por sus tierras; para ello,

---

[114] Para más detalles sobre los hechos ocurridos el 24 de mayo de 2008 en la plaza 25 de Mayo de la ciudad de Sucre, se puede consultar mi libro Punitivismo en Bolivia páginas 55 y siguientes.
[115] Ob. Cit., Rivera Cusicanqui, ***Oprimidos pero no Vencidos…***, p. 98.
[116] Idem. p. 99.

tuvieron, previamente, que obtener toda la evidencia necesaria para acreditar su legítima representación y propiedad comunal de la tierra. Rivera Cusiquanqui, ejemplifica con el caso de Martín Vásquez, máximo dirigente de la rebelión de Pacajes en 1914, quien hizo un viaje a Lima con sus abogados, para obtener los títulos que lo acreditaban como legítimo descendiente de los mallku aymaras de la región, así como la actividad de otros líderes para obtener documentos legalizados antiguos de los archivos de Sucre. Los primeros éxitos en los tribunales fueron seguidos, explica Rivera, por una avalancha tal de reivindicaciones, que amenazó con poner en cuestión las numerosas y fraudulentas compras de tierras comunales que habían modificado sustancialmente la estructura de la propiedad en el Altiplano a partir de la Revisita de 1881. Ante el peligro de la invalidación de las compras de tierras comunales, el recurso de los terratenientes fue la represión preventiva, localizada en las capitales de cantones y provincias, posteriormente con intervención del ejército y la policía nacional, pero también se utilizó al mismo sistema jurídico. Al respecto, Rivera relata el caso de Francisco Tancara, "cacique apoderado" de los ocho ayllus del pueblo de Calacoto, apresado en 1918 acusado de andar "sublevando indios", se le incautaron varios documentos subversivos, entre los cuales se hallaron copias de ordenanzas toledanas, títulos de composición del siglo XVI y XVII, juicios coloniales de linderos, copias de decretos y leyes republicanas que reconocían la propiedad comunal y la autoridad de los caciques[117]. Es en este contexto, dice Rivera, que estalla en 1914 la rebelión de Pacajes, cuyo objetivo explícito es la reivindicación de tierras por medio de títulos coloniales.

La lucha por la reivindicación de las tierras comunitarias por parte de los "caciques apoderados" utilizando las formas jurídicas que legitimaban sus acciones legales y violentas, nosotros podemos caracterizar como una astucia de la vida, Rivera sintetiza esta astucia de la siguiente manera:

> *"La búsqueda de títulos coloniales permitió así la apertura de un horizonte de memoria colectiva que legitimaba las acciones legales y violentas y otorgaba un sentido ético de*

[117] Idem. p. 100 y ss.

restitución de la justicia a la lucha de los comunarios. Los elementos de un pasado remoto, que yacían en papeles antiguos y se reproducían a través de la tradición oral, de los mitos y cuentos populares, fueron así puestos al servicio de una serie de demandas concretas de reforma social propuestas por los rebeldes a la cerrada sociedad oligárquica que les negaba el derecho a la existencia.[…] El doble lenguaje en que se formularon las demandas –a nivel interno a través de un "decálogo" moral y de reinterpretación de la tradición oral; a nivel externo haciendo uso de las categorías jurídicas criollas- constituye un fenómeno de transformismo ideológico que permitió que la propuesta india dejase de operar exclusivamente sobre una base de legitimación andina, penetrando de lleno en el "ethos" criollo. De este modo, la utopía de un mundo mejor se engarzó con el espacio de lo posible, y se abrió para los comunarios de Pacajes un resquicio por el cual plantear una serie de reformas concretas a la sociedad criolla que los oprimía"[118].

Otro dato no menor es la colaboración de personas entendidas en el mundo burocrático del papeleo administrativo, como letrados o abogados, que posibilitaron que las demandas fueran reconocidas como legítimas por la sociedad criolla. Ricardo Salas a tiempo de analizar la Teoría de la Justicia y Neocontractualismo de John Rawls, explica que: "[…] si las características que importan en un sujeto para efectos de una teoría de la estructuración social básica son su capacidad de tener una concepción del mundo (o lo que es lo mismo, una capacidad valorativa), y por otra parte su capacidad para contribuir a la coexistencia social (o lo que es lo mismo su capacidad de cooperación), se entenderá que persona o sujeto políticamente relevante lo sea quien ostente, en palabras de Rawls, los dos poderes morales de reconocer lo que es justo en su relación con los demás y su propia concepción particular del bien; mientras que quien pueda ser capaz de contribuir a la convivencia social entrará en la categoría calificada de ciudadano"[119]. Del mismo modo, el profesor Salas a tiempo de explicar en qué consiste el *principio de diferencia* preconizado por Rawls, sostiene que: "[…] el principio de justicia adoptado consideraría los activos naturales como patrimonio común y por ello permitiría la participación en su distribución. Los más favorecidos en sus dotes

[118] Idem. p. 102, 103.
[119] Salas Porras Ricardo, ***La Teoría de la Justicia y Neocontractualismo: a propósito de la obra de John Rawls***, Ed. Investigaciones Jurídicas S. A., San José - Costa Rica, 2001, p. 119.

naturales o sociales, sólo podrían aprovecharse de ellas, si es que lo hacen en términos de mejorar las condiciones de los menos afortunados, pues se trata de desigualdades inmerecidas. Objetar que ello es injusto para los provistos de mejores recursos, es negar que esos recursos hayan sido acumulados socialmente, a costa del esfuerzo de los miembros actuales y pretéritos de la sociedad, y que muchos no hayan sido ni siquiera procurados, sino que han sido conferidos por el azar o la *lotería natural*. Estas son ventajas arbitrarias desde la perspectiva de un ser humano con poderes valorativos. Amén de esto, la cooperación social permite sacar un mejor provecho de ellas. No se trata de que quienes gozan de una situación mejor no puedan dar uso a sus facultades, ni de destruir talentos, sino de aprovecharlos colectivamente y generarlos para el futuro (sobre todo a través de las políticas educativas)"[120].

Nos servimos de los criterios del profesor Salas para alejarnos y dejar atrás la concepción naturalista de la desigualdad y postular los principios de *reciprocidad* y *responsabilidad*. Es cierto que, en palabras de Heidegger, nacemos en un mundo diverso y por ello inequitativo, pero es cierto también que el estar y ser parte de este mundo, es tener la capacidad de reconocer las diferencias y colaborar para avanzar a un estado superior de comunidad. Por ello, durante los ciclos de rebelión -descritos e interpretada por Rivera Cusicanqui- que vivió Bolivia, el postulado kantiano de "buena voluntad" se hace potente, pues en el tiempo y en el espacio existen siempre personas en permanente actividad colaborativa. Es precisamente lo que ocurrió con aquellas personas –abogados, maestros, etc.,- que brindaron su colaboración para que la clase oprimida por la oligarquía terrateniente pueda articular un frente de lucha reivindicativa de sus derechos; es decir, se dio una articulación de saberes y experiencias anclada en la inequidad, exclusión y opresión, manteniendo viva la lucha por la verdadera liberación. Dicho de otro modo, lo que hace a una persona ser persona es la capacidad de responder al llamado de colaboración de aquel que sufre injusticia y la

[120] Idem p. 184.

capacidad de emprender la tarea responsable de destrucción del determinado sistema de opresión.

Si nos colocamos en la marcha indígena por la defensa del TIPNIS, agosto, septiembre y octubre del año 2011, veremos que aquí también se dio una articulación de saberes y experiencias. Primero, la experiencia larga y dolorosa de opresión y exclusión soportada por los pueblos indígenas de tierras bajas; sus constantes luchas por ser reconocidos como sujetos de derechos y de su propia historia, bajo la forma, entre otras muchas, de las marchas; después, en sentido paralelo, el reconocimiento del TIPNIS como Parque Nacional por Decreto Ley N° 0740, promulgado por René Barrientos Ortuño en el año 1965 y como Territorio Indígena por Decreto Supremo N° 22619, promulgado por Jaime Paz Zamora en el año 1990; luego, las luchas por la instalación de una asamblea constituyente y la consiguiente aprobación y promulgación de la actual Constitución Política del Estado logrando el reconocimiento y respeto de la vida política de los pueblos indígena originarios; finalmente, la "buena voluntad" de grandes sectores de intelectuales bolivianos y del exterior que pusieron sus conocimientos al servicio de los pueblos del TIPNIS para defender lo que la Constitución Política del Estado les reconoce.

Véase que los ciclos rebeldes entre 1910 y 1930, tal como los caracteriza Rivera Cusicanqui, tuvo como componente la alianza entre los líderes comunales y los asesores urbanos que supieron utilizar las formas jurídicas que venían establecidas desde la colonia. En la defensa del TIPNIS, los líderes indígenas de tierras bajas se aliaron con influyentes sectores intelectuales de clase media quienes supieron utilizar también las formas jurídicas establecidas desde el gobierno de Barrientos, pasando por el gobierno de Paz Zamora e invocando de manera poderosa el contenido de la actual Constitución Política del Estado que en definitiva legitimó de manera poderosa la marcha indígena del año 2011, recibiendo el apoyo y solidaridad contundente de toda la población boliviana expresada en la multitud paceña que se dispuso a recibir en la ciudad de La Paz a sus hermanos indígenas, haciendo retroceder el proyecto gubernamental desarrollista.

Luego del momentáneo retroceso estatal en sus pretensiones de construir la carretera por el TIPNIS, el gobierno arremetió en contra de los líderes indígenas del TIPNIS, utilizando el instrumento llamado Derecho penal, es decir, se inicio una serie de procesos penales en contra de los líderes indígenas, se impuso una dirigencia sindical paralela a la cabeza de Nelma Hurtado y se inició un fraudulento proceso de consulta. Algo parecido ocurrió con Francisco Tancara, "cacique apoderado" de los ocho ayllus del pueblo de Calacoto, apresado en 1918 acusado de andar "sublevando indios", se le incautaron varios documentos, se dice: subversivos, entre los cuales se hallaron copias de ordenanzas toledanas, títulos de composición del siglo XVI y XVII, juicios coloniales de linderos, copias de decretos y leyes republicanas que reconocían la propiedad comunal y la autoridad de los caciques.

Es aquí donde se cuestiona la función que viene desempeñando el Derecho penal, es decir, que en lo que va del Estado Plurinacional Comunitario de Bolivia, el Derecho penal sigue cumpliendo esa función eminentemente represiva que antes de articular a la sociedad boliviana es un instrumento de desarticulación social. Consiguientemente, en estas condiciones, existe la posibilidad de que los principios antes invocados, de *reciprocidad* y *responsabilidad*, puedan operar como punto de partida para interpretar y manejar los conflictos sociales y posterior aplicación del Derecho penal boliviano, pues la experiencia nos enseña que tanto los conflictos sociales de 1910 a 1930 como los conflictos sociales que se pusieron en evidencia con la marcha por la defensa del TIPNIS no pueden ser solucionados *únicamente* desde el Derecho penal.

El Estado, como forma hegemónica de organización política que surge precisamente de las contradicciones sociales, administra lo común universal de la comunidad, para garantizar la vida misma. Pero la Constitución Política del Estado, reconoce, garantiza y protege los sistemas políticos, jurídicos y económicos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, para garantizar, también, la vida misma. Es aquí donde surgen las grandes contradicciones y problemas que nos ha revelado el conflicto por el TIPNIS, es decir, aquí surge la pregunta cómo debe *tratar* el Derecho penal los conflictos sociales cuyo núcleo común es la defensa de una forma de vida, pero en definitiva la vida misma. En el Estado Republicano, este problema no era tratado, tampoco tenía por qué ser tratado, ya que las

formas políticas de organización de los pueblos indígenas eran totalmente desconocidas, es decir, ignoradas. De ahí que las marchas, las protestas, los bloqueos de caminos, la ocupación de los espacios laborales en las fábricas, etc., por una comunidad campesina o indígena, o por un sindicato obrero, era tratada sin mayor cuestionamiento como una acción irracional que atentaba contra la economía, la libre circulación, contra los medios de producción, etc.; pero ahora, una acción colectiva de esta naturaleza, en defensa de sus formas políticas de organización y en defensa de los derechos colectivos, ya no puede ser considerada irracional porque el nuevo pacto social es respetar lo diferente, a ello se suma el desarrollado y protección de los derechos colectivos. Entonces ¿los dirigentes orgánicos del TIPNIS, que defienden sus territorios como condición de vida, deben ser sancionados penalmente, tomando en cuenta que estas acciones ponen en peligro la posibilidad de vida de la población urbana?

Veamos ahora la organización sindical como forma de reivindicación y ejercicio de derechos.

Para Álvaro García Linera la Revolución de 1952 fue un momento de la historia en el cual los códigos jurídicos enmudecieron, los viejos prejuicios señoriales parecieron desmoronarse, y el linaje dejó de ser suficiente argumento para conservar el monopolio de la gestión del interés colectivo y destaca, en lo que aquí nos interesa, que en este periodo de rebeldía surge una nueva forma de ejerció de la democracia donde las masas, bajo la forma de sindicato, intervienen en los asuntos del Estado, pero al mismo tiempo observa que los sujetos de la Revolución jamás pudieron verse en el acto mismo de gobernar reduciéndose a sujetos de interpelación[121]. Sobre los efectos de grandeza de la Revolución del 52, escribe:

> *"[…] se da la invención real de un derecho colectivo que no reclama más legalidad que la belicosa enunciación práctica. La legalidad y la política son asumidas como un asunto que compete a todos en su elucidación, no simplemente a especialistas. Estamos ante un nuevo concepto de democracia entendida como intervención en los asuntos de Estado a través del sindicato, con lo que los sujetos políticos legítimos se han de constituir a partir de ahora de*

[121] Ob. Cit. García Linera, ***La Potencia Plebeya…,*** p. 180 y ss.

manera corporativa. La democracia no es entonces un derecho abstracto, ni un decálogo de comportamientos administrados por una elegante burocracia política, como, por ejemplo, hoy. Democracia ha de adquirir el sentido común de práctica sindical, de cara a participar en las orientaciones de gobierno, con lo que también el potencial significado de ciudadanía se ha de presentar como la consagración de este hecho como derecho público."[122]

Pero la historia de la Revolución del 52 también es la historia, según García Linera, de miserias colectivas, sostiene:

"Si bien la plebe armada, en un arrebato histórico, abroga el monopolio de las decisiones políticas basadas en el linaje, el conocimiento letrado y el dinero, jamás, a no ser en momentos extremos y cortos, ha de abandonar la creencia de que el apellido, el dinero y el conocimiento letrado son los requisitos imprescindibles para gobernar los asuntos públicos. Esto significa que la democratización del espacio político es meramente interpelatoria, no ejecutiva; esto es, que la plebe se siente con el nuevo derecho de hablar, de resistir, de aceptar, de presionar, de exigir, de imponer un rosario de demandas a los gobernantes, más jamás ha de poder verse a sí misma en el acto de gobernar. Es como si la historia de sumisiones obreras y populares se agolpara en la memoria como un hecho inquebrantable y, frente al poder, la masa sólo pudiera reconocerse como sujeto de resistencia, de reclamo o conminación, más nunca como sujeto de decisión, de ejecución o soberanía ejercida. La imagen que de sí misma habrá de construirse la sociedad trabajadora es la del querellante, no la del soberano."[123]

Si bien el proceso revolucionario del 52 permitió la consolidación del sindicato como forma de organización social, ya sea para el ejercicio de ciudadanía, de derechos políticos, sociales, laborales, etc., es decir, como mediador entre sociedad y Estado, el problema que identifica García Linera es el hecho de que el sujeto de la Revolución –obreros y campesinos- no supo tomar el poder estatal y a partir de ello construir hegemonía de poder. Esto se explica porque la casta criolla-burguesa hábilmente impuso su proyecto de Estado Nacionalista, por ejemplo, a través de la mestización criolla, la castellanización, la parcelación de las tierras,

[122] Idem. p. 182.
[123] Idem. p. 183.

mercantilización de la producción agraria, etc. Para lograr dicho proyecto, la casta movimientista, debía borrar toda forma de organización social que supusiese una forma de democratización del poder, es decir, el sindicato. La cooptación de líderes sindicales bajo la forma del prebendalismo y la formación de clientelas fue el mecanismo utilizado para desarticular al sujeto de la revolución. Esta tarea fue fácilmente emprendida y concluida, ya que como se dijo el sujeto de la revolución no supo tomar el poder y construir hegemonía de poder.

Veamos, de la mano de Silvia Rivera Cusicanqui, algunos casos de prebendalismo y clientelismo para poder entender la función que viene desempeñando el Derecho penal en lo que va del Estado Plurinacional Comunitario de Bolivia.

Silvia Rivera, citando los trabajos de Jorge Dandler, explica que en Cochabamba se formó una de las redes más tempranas de intermediarios políticos del MNR, de donde surgieron los primeros líderes de importancia nacional para montar el aparato sindical para-estatal que requería el gobierno: Sinforoso Rivas, militante movimientista, ex dirigente sindical en la mima de Catavi, oriundo de una hacienda del valle bajo, y José Rojas, vinculado la POR e indiscutible líder de los sindicatos de Ucureña en el valle alto. En medio de agrias disputas internas en torno al curso que debía seguir la Reforma Agraria, continúa Rivera, la acción de toma directa de tierras amenazó con desbordas las posibilidades de control gubernamental. En enero de 1953, Rojas toma control de la Federación Campesina Regional, con apoyo de Lechín, la COB y el POR, provocando una crisis que obliga al gobierno a abandonar momentáneamente sus pretensiones de subordinación burocrática del movimiento de los valles. En abril de 1953. Cuatro meses antes de la dictación del decreto-ley 03464 de Reforma Agraria, el MNR es presionado a confirmar la toma de tierras en Ucureña y en todo el valle, con lo cual se consolida el liderazgo y los estilos de acción de José Rojas. El gobierno, dice Rivera, opta entonces por cooptar al dirigente de Ucureña a través de un abrumador despliegue de concesiones personales que lo acaban convirtiendo en un sumiso funcionario del sindicalismo para-estatal movimientista. A partir de 1953, en que es legitimado desde arriba como líder sindical, pasa a ser dirigente departamental en 1954, diputado entre 1956 y 1958 y ministro de Asuntos Campesinos en 1959, luego ministro de Barrientos en 1964.

Como efecto de esta política gubernamental se dieron enfrentamientos entre Sinforoso Rivas y José Rojas generando un sangriento y prolongado conflicto que duró entre 1960 y 1964 dejando un saldo de cientos de víctimas[124].

Similar actitud asumió Juan Lechín Oquendo, una vez en la vicepresidencia, intentó, explica Rivera, afianzar su propia red de clientelas campesinas tanto en el sindicalismo de los valles como en el resto del país, con el fin de lograr una mayor autonomía de movimiento frente al pazestensorismo y consolidar su posición como la izquierda obrera del partido, logrando controlar la Confederación Nacional de Trabajadores Campesinos, máxima entidad del aparato sindical para-estatal. Este control no duro mucho, ya que Paz Estensoro no vaciló en crear una Confederación paralela para limitar el control de la izquierda sobre el movimiento campesino[125].

Las acciones gubernamentales, hasta la ruptura del pacto militar campesino, se pueden caracterizar como el ejercicio de una política perversa de funcionalización de las organizaciones sindicales hacia intereses gubernamentales mediante la creación de sindicatos paralelos, enfrentamientos entre dirigentes y líderes sindicales, prebendas, muerte, dolor y sistemática exclusión y opresión del sector campesino. Por ejemplo, la masacre de Tolata y Epizana durante la dictadura del General Hugo Banzer Suarez, que a decir de Rivera Cusicanqui, nos muestra claramente que el Pacto Militar Campesino fue un instrumento diseñado como estructura institucional de enlace entre el sindicalismo para-estatal y el Ejército, sustituyendo la articulación sindicato-partido-Estado.

Silvia Rivera Cusicanqui reflexiona sobre el sindicalismo para-estatal diciendo que:

> *"[…] la experiencia del sindicalismo campesino para-estatal ha dejado transformaciones arraigadas y perdurables. En la mayoría de áreas rurales del país el sindicato se ha constituido en una modalidad organizativa de base –que coexiste o se fusiona, en mayor o menor grado-, con las formas tradicionales de autoridad, con más de medio millón de*

[124] Ob. Cit., Rivera Cusicanqui, ***Oprimidos pero no vencidos…***, pp. 145 y ss.
[125] Idem. p. 148.

individuos afiliados y cerca de 20.000 sindicatos de base. Ello expresa una realidad nueva, propia del horizonte histórico de la revolución de 1952, la cual subsistirá atomizada durante un largo período, pero servirá posteriormente de base para la reorganización independiente del movimiento campesino y para la reformulación de sus alianzas con el resto de la sociedad."[126].

El dato fundamental de la reflexión realizada por Rivera Cusicanqui es que el sindicalismo como forma de organización social no logró universalizarse, es decir, no pudo borrar las formas originales comunales de organización social. Es a partir de la lenta rearticulación de las formas políticas de organización de las comunidades indígenas que el proceso revolucionario del 52 empieza a ser interpelado mostrando la institucionalización de la corrupción, la prebenda y el clientelismo de los dirigentes sindicales, generando una nueva conciencia de las clases excluidas para emprender la lucha por la autodeterminación frente a la subordinación estatal. Sobre esta articulación entre sindicalismo y las organizaciones políticas naturales, los kataristas dicen que: "La organización sindical es una forma de organización adoptada de la experiencia de nuestros hermanos obreros, y llegó a enraizarse tanto entre nosotros que canalizó y actualmente canaliza lo fundamental de la lucha campesina por la defensa de nuestros intereses sociales, económicos, culturales y políticos. Antes del surgimiento y la adopción del sindicalismo, nuestras movilizaciones se realizaban, y aún se realizan en algunas regiones, bajo nuestras organizaciones propias, tradicionales, el los ayllus, cabildos, etc. Consideramos que dichas organizaciones tradicionales no son antagónicas con el sindicalismo, sino que lo complementan."[127].

Para 1973, explica Rivera Cusicanqui, el katarismo es el nombre genérico de un amplio movimiento ideológico con múltiples manifestaciones organizativas tanto en las ciudades de La Paz y Oruro como en diversas áreas rurales aimaras, pensado para lograr formar parte de un proyecto nacional-popular de raíces verdaderamente democráticas y pluralistas, y la voluntad de mantener una identidad y una capacidad de irradiación propias, sustentadas en

[126] Idem. p. 166.
[127] Idem. p. 241

la autonomía cultural india[128]. Ese año, el movimiento lanzo su primer documento público denominado el *"Manifiesto de Tiwanaku"*:

> *"Queremos ser libres en una sociedad sin explotación ni opresión organizada en una Estado plurinacional que desarrolla nuestras culturas y auténticas formas de gobierno propio"*[129]
>
> *"Los diversos pueblos que habitamos esta tierra, a pesar de tener diferentes lenguas, sistemas de organización, concepciones del mundo y tradiciones históricas, estamos hermanados en una lucha conjunta y permanente. En primer lugar, hemos sufrido por igual los efectos de la dominación colonial impuesta por los españoles y por las clases dominantes republicanas, que nos han sometido siempre a una situación de discriminación y nos han convertido en ciudadanos de segunda clase. Esto se aplica también para muchos trabajadores del campo y las ciudades que han perdido, a través del mestizaje, la castellanización y la aculturación, sus raíces culturales propias, pero que también son víctimas de la mentalidad colonial dominante. Porque todos somos oprimidos, tenemos una causa común de liberación"*[130]
>
> *"[…] nuestra historia nos enseña que podemos desarrollar una lucha unitaria de todos los oprimidos del campo, pero respetando la diversidad de nuestras lenguas, culturas, tradiciones históricas y formas de organización y de trabajo […] No puede haber una verdadera liberación si no se respeta la diversidad plurinacional de nuestro país y las diversas formas de autogobierno de nuestros pueblos."*[131].

Véase que el *"Manifiesto"* llama a la unidad de los oprimidos: obreros, campesinos e indígenas, hermanados por haber sufrido por igual la dominación, exclusión y explotación colonial y republicana. Además es interesante observar que sus estructuras de organización ya no son percibidas simplemente como formas de intermediación con el Estado sino como estructuras de lucha para reivindicar sus derechos y el reconocimiento mismo de sus formas de organización política, es decir, de autogobierno.

---

[128] Idem. pp. 182, 217.
[129] Idem. p. 229.
[130] Idem. p. 230
[131] Idem. p. 241.

En la memoria colectiva está también presente la segregación racial, Gabriel René Moreno citando a Antelo, decía:

> *"El indio y el mestizo incásicos radicalmente no sirven para nada en la evolución progresiva de las sociedades modernas. Tendrán tarde o temprano, en la lucha por la existencia, que desaparecer bajo la planta soberana de los blancos puros o purificados"*[132].

Desde el bisturí de Alcides Arguedas, la pluma de René Moreno y de las declaraciones del secretario ejecutivo de la CSUTCB durante el conflicto por el TIPNIS:

> *"los indígenas tienen que aceptar la carretera para que no vivan más como salvajes"*[133]

Hasta las declaraciones de la Miss Bolivia Gabriela Oviedo:

> *"No todos somos indios en Bolivia, en Santa Cruz somos altos, blancos y sabemos (hablar) inglés"*[134].

A partir de los primeros años del presente siglo llega consolidarse el nuevo bloque de poder conformado por la acción colectiva de obreros, campesinos, indígenas, profesionales de clase media, comerciantes, etc., cohesionados en la lucha por la Soberanía Popular, el Territorio, la nacionalización de los Recursos Naturales y el reconocimiento a sus Formas de Gobierno. La acción colectiva que no es coyuntural sino fruto de permanentes luchas en tiempos y espacios a lo largo de la historia, que García Linera denomina la construcción de Hegemonía de Poder para la toma del poder estatal, tuvo como consecuencias: la expulsión del poder del presidente Gonzalo Sánchez de Lozada, quien encarnaba el modelo estatal-neoliberal; la instalación de la Asamblea Constituyente el 6 de agosto de 2006; y la refundación del Estado boliviano con la aprobación mediante referéndum de la actual Constitución Política del Estado. Los momentos significativos de las acciones colectivas que posibilitaron la

---

[132] Idem. p. 87.
[133] Schavelzon Salvador, Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir: dos conceptos leidos desde Bolivia y Ecuador post-constituyente, ABYA YALA, CLACSO, Buenos Aires, Argentina, 2015, p. 60
[134] Stefanoni Pablo, "Las tres fronteras de la "revolución" de Evo Morales: Neodesarrollismo, decisionismo, multiculturalismo", en: AA.VV. Bolivia: memoria, insurgencia y movimientos sociales, p. 92.

refundación del Estado boliviano pueden ser vistas en las marchas indígenas de la década del 90 del pasado siglo, los bloqueos y movilizaciones indígenas entre los años 2000 y 2001, la guerra del agua del año 2000 acompañada de las movilizaciones indígenas, la guerra del gas y masacre de febrero de 2003 y la insurrección de octubre. Pero el asedio de los insurgentes al Estado neoliberal se extiendo hasta el año 2005, cuando las masas movilizadas impidieron la rearticulación de aquel bloque de poder impidiendo la juramentación del presidente del Senado, Hormando Vaca Diez, del Movimiento de Izquierda Revolucionario y obligando a extender la sucesión presidencial hasta Eduardo Rodríguez Veltzé, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, obligando a la posterior convocatoria a elecciones nacionales, posibilitando así el ascenso al poder del Movimiento al Socialismo liderado por el actual presidente Juan Evo Morales Ayma.

Veíamos que durante la colonia el invasor español desarticuló en beneficio propio las formas de organización política de los pueblos indígenas y que la Republica se encargó de subordinarlas y que durante el proceso revolucionario del 52 surgió una nueva estructura de organización social en forma de sindicato. Son estas formas de organización social, explica Luis Tapia, las que por las relaciones de explotación y desigualdad, por un lado, y las relaciones de dominación y opresión, por el otro, llegan a operar como estructuras de rebelión. En este proceso se daría una dinámica externa e interna; en el primer caso, la organización social con su entramado de relaciones sociales y su estructura de autoridades, se mueve en contra de la forma política de dominación, en el segundo caso, la acción de impugnación se mueve en contra de las propias autoridades que sirven de mediación entre el Estado y la sociedad y paralelamente se cuestiona directamente al Estado. Esto es lo que habría ocurrido en las jornadas rebeldes de principios de siglo, es decir, la fusión entre trabajadores obreros de las zonas urbanas, clase media, campesinos e indígenas, con un horizonte y sentido de lo común, se rebelaron contra el orden político establecido rebasando toda forma local de organización, llegando la acción colectiva espontanea a sobrepasar las estructuras de autoridad comunal y sindical, por ejemplo se vio cómo la masa movilizada se organizaba baja la forma de Coordinadora del Agua. A esta forma de acción colectiva, Tapia la caracteriza como el ejercicio de una "Política Salvaje", es decir, de interpelación al sistema dominante y excluyente y a la forma clientelar y prebendalista de la dirigencia sindical propia

de la segunda mitad del siglo XX, por parte las masas movilizadas sin requerir una concreta dirección para el efecto.

Por otra parte, Tapia enseña que:

> *"[…] La memoria y el proyecto político, en particular, se vuelven estructuras de rebelión. Cabe tomar en cuenta que la memoria y el proyecto existen en plural, en varias versiones pero como parte de un horizonte común que produce la identificación, que es referente de interpretación de sentido y causas de los hechos. […] Entre la memoria y el proyecto está la cultura en tanto valores, principios y fines que, por un lado, seleccionan en la complejidad de los hechos aquello significativo para la comunidad o la colectividad, de tal modo que son los núcleos de producción de sentido de lo vivido y de lo que se vislumbra como posible y deseable. Nociones de justicia, derechos, soberanía, nación, comunidad, dignidad, pueden operar como organización de la relación memoria-proyecto."*[135].

La inequidad en la distribución de la riqueza, el saqueo de nuestros recursos naturales, la corrupción del administrador del Estado, el racismo, la exclusión y la dominación del sistema estatal está marcada en la *memoria* de las víctimas de la época colonial y de la época republicana, por tanto el *proyecto* que se abre con el Estado Plurinacional Comunitario es el de la equidad en la redistribución de la riqueza, nacionalización de los recursos naturales, transparencia y responsabilidad en el manejo de la cosa común y pública por parte del administrador del Estado, cero tolerancia a la corrupción y al racismo, inclusión, igualdad y dignidad de todos los bolivianos y las bolivianas y reconocimiento de los pueblos indígena originarios como condición para el ejercicio de sus derechos. *Memoria* y *proyecto*, persistencia de lucha, hasta alcanzar la verdadera dignidad humana.

Memoria y *proyecto* referente de interpretación, nos dice Tapia, de *sentido* y *causas* de los hechos. Analicemos de manera breve el caso del FONDIOC.

---

[135] Idem. p. 176.

Si la *memoria* corta está caracterizada por el manejo irresponsable del aparato estatal permitiendo la apropiación de nuestros recursos naturales y la inequidad en la distribución de la riqueza causando exclusión y pobreza; se entiende, desde nuestro margen, que el *proyecto* del Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia y del Ministerio Público, a través del Derecho penal, debe ser el de construir un cierto grado de hegemonía para, en palabras de García Linera, asumir el liderazgo intelectual y moral entendido como la capacidad de liderizar el sentido común de la sociedad, el sentido de lo justo y de lo injusto, de lo valido y de lo invalido, trabajando en el orden moral de las personas para transformar las percepciones profundas éticas de la sociedad boliviana. Sin embargo, el tratamiento judicial sobre la corrupción en el Fondo de Desarrollo para los Pueblos Indígenas y Comunidades Campesinas, está siendo manejado como un tablero de ajedrez, debilitando el proyecto de vida de los bolivianos y las bolivianas plasmado en la Constitución Política del Estado.

Llegado a este punto, es bueno recordar que, en palabras de Cáceres Ortega, el Preámbulo de la Constitución Política del Estado Plurinacional anuncia una perspectiva de liberación y una esperanza que se inspira en el derrotero fecundo de las luchas y rebeliones del pasado y del presente del pueblo boliviano y anuncia además nuevas jornadas porque el verdadero proceso de liberación nacional no ha concluido y quedan aún muchas por delante. Por ello, las acciones de corrupción en el FONDIOC deben ser implacablemente sancionadas, es decir, el Derecho penal debe constituirse en un instrumento de *articulación social* para que tenga la suficiente *fuerza* y que *capacidad* de combatir aquellas conductas que impiden el desarrollo de la vida para posibilitar la *gestión* y el *desarrollo* de las diversas formas de posibilidad de vida de la comunidad toda. Esto permitirá, además, que el nuevo bloque de poder político retenga el poder estatal como posibilidad para desarrollar el contenido del Estado Plurinacional.

Se ha pretendido mostrar, en lo posible, el ambiente de confrontación, de lucha de ideas, argumentos, etc., que precedieron y continuaron durante la Asamblea Constituyente, debate que tuvo como núcleo articulador *lo plurinacional comunitario, las autonomías, los recursos naturales y la economía, para vivir bien*.

2.1.3- La fundación del Estado Plurinacional de Bolivia

Como ya se dijo, la crisis del Estado Republicano Neoliberal expresada en las constantes y permanentes luchas de las clases oprimidas y excluidas que tuvo como su máxima expresión la derrota y expulsión del poder de Gonzalo Sánchez de Lozada, años 2000 al 2009. Este momento de rebelión se caracterizó, tomando las palabras de García Linera, por auténticos, generalizados y desnudos momentos de lucha por el poder político[136], tomando el concepto de *punto de bifurcación* del profesor de física Ilya Prigogine, García Linera sintetiza este momento, de la siguiente manera:

> *"Bolivia habría vivido su tercer punto de bifurcación de los últimos sesenta años, en los meses de agosto a octubre de 2008. En esta periodización de la crisis de estado, tenemos que ella nace en 2000, el empate catastrófico se da en 2003 a 2005, el cambio del bloque de poder en 2005 y el punto de bifurcación en septiembre y octubre de 2008, que habría consolidado la nueva estructura de correlación de fuerzas estatales, que quedó además visibilizada en los resultados de las elecciones generales de diciembre del 2009"*[137].

Lo cierto es que durante este periodo, como todos recordaremos, hubo una confrontación en todos los frentes de batalla, claro ejemplo es la lucha por el reconocimiento a Sucre como Capital Plena del Estado boliviano; pero mientras en la Asamblea Constituyente se estaba fundamentando, argumentando, proponiendo y pensando la nueva Bolivia desde las diferentes culturas que habitan el territorio boliviano para su reconocimiento e integración en el Estado para construir una nación igualitaria, en Sucre un sector de la intelectualidad estaba discutiendo formalismos jurídicos y preparando el mejor amparo constitucional de la historia jurídica sucrense. Lo cierto es que la oposición fue derrotada cuando se aprobó la actual Constitución Política del Estado mediante referéndum el año 2009. La lucha intelectual fue fundamental, pues la Asamblea Constituyente en su conformación contaba con un nuevo bloque de poder cuyo arsenal teórico era imposible de derrotar y por tanto suficiente como

---

[136] García Linera Álvaro, ***El Estado en transición. Bloque de poder y punto de bifurcación***, En**:** El Estado. Campo de lucha, Muela del Diablo Editores, La Paz – Bolivia, 2010, p. 32.
[137] Idem, Pp. 34-35

para discutir el proyecto de sociedad que Bolivia históricamente requería para desarrollar en adelante una nación inclusiva en igualdad dignidad de los bolivianos y las bolivianas. Nacía así el nuevo Estado Plurinacional Comunitario de Bolivia:

> *"(…) Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos (…) Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal, asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario (…)"*

Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.

Artículo 3. La nació boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.

Artículo 306.I. El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos.

II. La economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa.

V. El Estado tiene como máximo valor al ser humano y asegurará el desarrollo mediante la redistribución equitativa de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación, cultura, y en la reinversión en desarrollo económico productivo.

Artículo 349.I. Los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponderá al Estado su administración en función del interés colectivo.

Artículo 22. La dignidad y la libertad de las personas son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado.

Artículo 30. En el marco de la unidad del Estado, y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:

15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.

16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Artículo 15.II. Todas las personas, en particular las mujeres, tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad.

2.2.- El discurso del Derecho penal boliviano

El 5 de mayo de 1971, Don Gunnar Mendoza dicta una conferencia para el Instituto Cultural Boliviano-Alemán de Sucre sobre *"El estado de ánimo popular en Bolivia en las vísperas de nuestra guerra de emancipación, 1789-1800"*, el documento que sirve de base para esta disertación es el expediente judicial del año 1792, referido al juicio penal seguido en contra de Judas Tadeo Andrade, español o criollo, edad mediana, zapatero, peluquero, sangrador, papelista y verificador. Posteriormente, el texto de esta conferencia, es publicada el 25 de mayo de 1971, en el periódico *El Diario*, de la ciudad de La Paz[138]. Don Gunnar Mendoza, penetrando en el cuerpo humano histórico, señala;

[138] Mendoza, Gunnar, "Documentos para la historia de la independencia de Bolivia: Judas Tadeo Andrade, intérprete del estado de ánimo popular en las postrimerías del coloniaje", en: Justicia y tortura en los andes, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia, Madrid, España, 2007, Pp. 19, 20.

"El sentimiento de insatisfacción, que parece ser inherente a la naturaleza humana y que en el plano social puede suscitarse estados de ánimo lindantes con la subversión latente o declarada, es un tema sempiterno en la historia de América Latina por las características de su evolución. El descubrimiento, la conquista y la colonia respondieron a supuestos que debían resultar en descontento, como que éste se encuentra ya en la primera página de aquella historia, el viaje de Colón.

Bolivia es un ejemplo caudaloso de esta norma. Aquí el descontento ha ido haciendo crisis constantes a partir del descubrimiento, con expresiones típicas desde el pasquín –que se fijaba en los lugares públicos expresando la reacción colectiva contra una persona, un hecho, una situación- hasta la guerra popular, pasando por la conspiración, el atentado, la asonada, el motín, la sedición, el alzamiento, la sublevación, la revolución y otras categorías subversivas."[139].

Es que Judas Tadeo Andrade, al margen de ser zapatero, peluquero, etc., era pasquinero, feisbuquero o whatsappero se diría hoy, y por este medio denunciaba a Don Francisco de Viedma, primera autoridad política, militar y judicial de la provincia de Santa Cruz de la Sierra o de Cochabamba con título de gobernador intendente y al doctor Eusebio Gómez García, criollo, abogado con estudios en la Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, teniente asesor de Viedma y asesor de los alcaldes ordinarios; denuncias que iban desde entorpecer y dilatar juicios pendientes en la Audiencia de Charcas, extorsiones, contrabando, privación del derecho de defensa de los encarcelados impidiendo que estos no presenten escritos por sí mismos y ordenando al alcaide de la cárcel revisar los calabozos para secuestrar todo escrito de defensa, encarcelamientos de diez y hasta quince años sin que los detenidos tengan sentencias, calabozos oscuros, fríos y asquerosos. Judas Tadeo, por sus pasquines, se ha hecho indeseable para el sistema político y judicial. El sistema espera un error para apresarlo, llega el momento y es encarcelado. Pero Judas no se detiene, continúa,

[139] Idem, p. 19

desde su cautiverio, denunciando el decadente sistema[140]. Don Gunar nos dice que "…Judas pretendía, nada menos que -sin mirar la pequeñez del denunciante, considerando que el más humilde honor compite a la majestad- sus denuncias fuesen escuchadas. Hemos visto que fue el acusador quien –Quijote ínfimo, pero nunca arrepentido- quedó encarcelado, engrillado, emplatinado, encadenado y pisoteado a causa de su idealismo descomunal…"[141]. Es el propio primer virrey, en el Río de La Plata, en su primera visita de cárceles, quien informa al rey que encontró hasta 200 reos presos durante ocho, diez y doce años sin que recibieran sentencia[142].

Si el sistema político y judicial se ensañó contra un español o criollo, no es necesario recordar el trato cruel e inhumano que recibían los indígenas durante la colonia. Pero habrá que entender que las denuncias de Judas Tadeo eran un llamado a la rebelión, no contra Viedma y su asesor Eusebio Gómez, sino contra el sistema que les oprimía y les excluía como personas y como ciudadanos, del mismo modo que cuando Jesús en la cruz le pidió a su padre: "Señor perdónales porque no saben lo que hacen", redención no a favor del romano que le clavaba el clavo, sino a favor de todo el sistema de injusticia, opresión y exclusión. En la memoria presente quedan marcados los actos de corrupción cometidos por algunos jueces y fiscales, casos descubiertos en flagrancia, sirviéndose de la desgracia de víctimas y de imputados, reducidos a objetos de cambio para enriquecerse. Pero ellos, jueces y fiscales, al igual que los históricamente excluidos, son víctimas, víctimas de una forma de vida impuesta por el decadente sistema mercantilista de consumo que determina su forma de actuar.

Después de ocho años de aprobado el actual texto constitucional mediante Referéndum, las palabras de Don Gunnar Mendoza vuelven a tener vida "*el sentimiento de insatisfacción y descontento va haciendo crisis constante"*. Aquí tal vez ya se pueda encontrar el primer fundamento de los principios constitucionales, principios sustantivos penales con relación al enfoque restaurador del sistema penal y deberes de las instituciones y deberes de la

[140] Idem, Pp. 20-22
[141] Idem, p. 27
[142] Idem, p. 96

comunidad en la *gestión de la conflictividad penal*. Dicho de otro modo, tú y yo y la comunidad somos ***responsables*** del estado actual del sistema de administración de justicia en Bolivia, porque *somos una comunidad*, punto de partida y fundamento de los principios que se pretenden introducir en el Sistema Jurídico Penal boliviano, según los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución Política del Estado.

2.2.1.- El discurso del Derecho Penal republicano

El 6 de noviembre de 1834, durante el gobierno del Mariscal Andrés de Santa Cruz, se promulga el primer Código penal de la naciente República de Bolivia. Las críticas a este Código giraban en torno a que el mismo no respondía a la realidad del país; por ejemplo, Raúl Calvimontes Núñez del Prado, citado por el profesor Fernando Villamor Lucía, sostenía que el Código penal boliviano, inspirado en el Código penal español de 1822, si bien fue reformado varias veces por comisiones formadas por juristas nacionales, siguió en sus lineamientos generales una filosofía y una sistemática que no se adecuaron a la realidad del país, pues dejó marginada a la mayoría de la población de Bolivia, constituida por la clase indígena, que de hecho no ha estado incorporada a la realidad jurídico social y cultural de Bolvia[143].

Villamor Lucía, en 1977, criticaba a los críticos diciendo que si bien la población india constituye un 60%, tales críticos se olvidan que los legislador de 1831 respondían a una determinada clase dominante de la política boliviana, se olvidan que fue el grupo oligárquico terrateniente, quien tomó las riendas del poder. No fueron, dice Villamor, los Tupac Amaru, los Tupac Katari, tampoco -y es lo más grave-, los guerrilleros de la Independencia boliviana. Fueron los Olañeta, los Serrano, los Urcullu, representantes genuinos de la oligarquía criolla terrateniente, quienes actuaron decisivamente en los albores de la vida republicana. Fueron ellos, continua, quienes legislaron respondiendo a los intereses de la clase dominante. El

[143] Villamor Lucía Fernando, ***La Codificación Penal en Bolivia***, Editorial POPULAR, La Paz – Bolivia, 1977, p. 136.

indio y su situación jurídico-penal y social, sentencia Villamor, no ha sido tomado en cuenta sino ciento veinte años más tarde, cuando se produjo en el país el proceso de la Reforma Agraria y toda la secuela de consecuencias sociales que aparejó esta reforma[144]. Para sostener su crítica pone el ejemplo de la esclavitud, recordando a los críticos del Código penal que el 28 de febrero de 1830, el Mariscal Andrés de Santa Cruz, dictó un decreto referente a la esclavitud ordenando suspender el pago e indemnización, por parte del Estado, a los patrones, del valor de los esclavos. Sin embargo, observa Villamor, que este decreto recalcaba, curiosamente, en su artículo segundo que los esclavos "conserven el derecho de mudar de dueño cuando no estén avenidos con el que tiene", pero deberían buscarlo en el preciso término de dos meses desde que reciban su papel de venta. Y la esclavitud, exclama Villamor, estaba prohibida por precepto constitucional y por la ley de 19 de diciembre de 1826[145]. Agrega que los críticos también se olvidan que la institución del pongueaje a supervivido hasta algunos años después de la Reforma Agraria.

Desde lo jurídico, podemos decir que la "esclavitud" en la forma de "pongueaje" en la Bolivia republicana hasta el 52 del siglo XX, era una institución que fundía y sujetaba dos instituciones: las *personas* y las *cosas*. Los campesinos-indígenas eran considerados objetos o instrumentos de trabajo susceptibles de apropiación que en algún momento podían adquirir la condición de personas. Considérese que el Decreto de 28 de febrero de 1830 utiliza los términos "*mudar de dueños*".

El artículo 489 del Código penal Santa Cruz establecía: *"Los que maten a un hijo o nieto, o descendiente suyo en línea recta […] o al amo con quien habiten o cuyo salario perciban […] con premeditación, con intención de matar y conociendo a la persona a quien dan muerte, sufrirán las mismas penas que los asesinos…Sic"*; y el artículo 504 establecía: *"Los padres o abuelos, que excediéndose en el derecho de corregir a sus hijos o nietos, cuando cometan alguna falta, maten a alguno de estos en el arrebato del enojo, serán considerados*

[144] Idem. p. 138 y ss.
[145] Idem. p. 139.

siempre y castigados como culpables de homicidio involuntario cometido por ligereza. Cualquier otro que excediéndose en igual derecho, cuando legítimamente le competa, incurra en el propio delito con respecto a sus criados, discípulos u otras personas que estén a su cargo y dirección, será castigado, según el caso respectivo, con arreglo a las disposiciones generales de este capítulo". Si el "*pongo*" (campesino-indígena) daba muerte a su "*amo*" la sanción que le esperaba era la correspondiente al asesinato; pero, como al amo le asistía el derecho de corregir al pongo, el quitarle la vida, por causa de su enojo en el acto legítimo de corrección, era un homicidio involuntario cometido por ligereza, es decir, una acción rápida, vivaz y diligente de matar, e incluso, según las disposiciones del Capítulo respectivo, podía estar exento de pena.

Los dos supuestos de hecho, descritos en los tipos penales, demuestran claramente el discurso del Derecho penal republicano sobre el campesino-indígena. Por una parte, el pongo que daba muerte a su amo era considerado un ser racional con plenas facultades para comprender la antijuridicidad de su acción, pues no se podía dudar que conocía perfectamente que su acción estaba dirigida a dar muerte a su amo. Por otra parte, el amo puede enojarse con su esclavo, corregirle y hasta darle muerte, al fin y al cabo el pongo es una simple cosa porque, según los congresistas constituyentes de 1826, ellos no "estaban aún en la dignidad de los hombres". Para el Derecho penal había, entonces, una *cosa* con características de *persona*, pudiendo tratársele, según el hecho, como criminal, como objeto o como imbécil. Esta es la lógica argumental jurídica que Bautista Saavedra, luego de la guerra federal, utilizaría para defender a los indígenas acusados en el caso "Mohoza".

Idón Moisés Chivi Vargas señala que el tratamiento penal del indio está escrito por la clase señorial dominante, reflejada en su discurso acerca del indio, y su consecuencia el Código penal de 1997 en actual vigencia[146]. Veamos algunos de estos discursos.

---

[146] Chivi Vargas Idón Moisés, ***Diagnóstico del Código Penal Boliviano desde la Pluralidad y el Pluralismo Jurídico***, Ministerio de Justicia - República de Bolivia, Viceministerio de Justicia y Derechos Humanos, GTZ – Bolivia, 2008, p. 7.

Como se dijo, Bautista Saavedra fue el defensor de los indígenas en el caso "Mohoza", sustentando su defensa en el darwinismo social y en el positivismo de Ferry y Lombroso. Para Chivi Vargas, Julio Salmón es una especia de ruptura parcial con el discurso de Bautista Saavedra, pues señala que: "[…] el indio ha perdido su personalidad psíquica, moral y económica. Siendo parte al momento un elemento nulo en la sociedad y la democracia". Chivi critica el discurso de Salmón por considerar al indio como el aspecto negativo de la sociedad boliviana. El "remedio" propuesto por Salmón, es, dice Chivi, "recuperar" la capacidad psíquica y económica "mediante un sistema bien meditado y ejecutado, de modo que su orientación y medidas, estén dirigidas al mismo fin. El Código penal es uno de esos medios, y por eso el proyecto establece el artículo 147 para protegerlo de cualquier servidumbre", este aspecto paternalista, sostiene Chivi, es digno de destacar ya que muestra una sinceridad profunda al tratar un problema del indio, aunque –y como no podía ser de otro modo- el discurso siga teniendo –en el fondo-, la pretendida misión civilizatoria de los letrados frente a los iletrados indios[147].

Chivi Vargas sostiene que el aspecto paternalista y la sinceridad de Julio Salmón sobre el problema indio son dignos de destacar y que el Derecho penal puede ser un medio para recuperar capacidades psíquicas y económicas. Este comentario no es congruente con el contexto en el que se sitúa Salmón. En primer lugar, el indio, desde el primer día de la invasión española ha luchado por preservar sus formas de vida y después por recuperarlas y siempre ha tenido capacidad psíquica y económica; en segundo lugar, el Derecho penal no es instrumento para recuperar capacidades psíquicas ni económicas, el Derecho penal protege la integridad de la persona y protege una concreta o universal forma de economía; finalmente, el proyecto de código penal que el 25 de febrero de 1935 se le encargo elaborar a Julio Salmón y que fue presentado el 25 de octubre de 1935, está inspirado en el código penal italiano de 1921 preparado por la comisión presidida por Enrique Ferri, quien admitía la teoría del estado peligroso[148], y es en la Ley Complementaria de su Proyecto que Julio Salmón propone crear

[147] Idem. p. 8.
[148] Ob. Cit., Villamor Lucía Fernando, ***La Codificación Penal en Bolivia…***, p. 173.

un Patronato de Penados con un Director con rango de Ministro de la Corte Suprema que debía hacer de tutor legal de los indios condenados. De ahí que no se entienda qué sea lo digno de destacar en Julio Salmon, cuando en realidad la recuperación de capacidades psíquicas hace referencia a un ser inferior que no tiene autoconsciencia y por tanto es un ser no libre y sin posibilidad de que su conducta sea considerada desde lo jurídico.

El indio, para los legisladores del Código penal de 1834, era inexistente, pero eran una realidad, constituían más de la mitad de la población boliviana, por lo que la discusión acerca de su tratamiento penal no pudo ser esquivada ni escondida, tal como lo demuestran los alegatos de Bautista Saavedra y el proyecto de código penal de Julio Salmón. José Medrano Ossio, catedrático de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Tomás Frías, también se ocupó del problema indígena, Chivi Vargas nos recuerda que Medrano Ossio en 1941 publicó su obra *Responsabilidad penal de los indígenas*, que dio lugar a que el Congreso Latinoamericano de Criminología recomendara la "tutela" para el indígena delincuente en base a su inimputabilidad, señalando que los indígenas viven al margen de la las actividades sociales y política sin participar de los beneficios de la civilización, es un inadaptado a todos los artificios de la sociedad actual porque padece de una timidez congénita y de una tristeza absoluta, tiene una absoluta incapacidad para darse cuenta de la realidad, está dominado por el fanatismo de las ideas religiosas degeneradas, sus facultades mentales han quedado paralizadas, la coca y el alcohol han hecho estragos en su organismo y han debilitado sus funciones psíquicas, en especial su inteligencia, perturbaciones que son en el de carácter permanente[149].

Para 1971 el Partido Indio de Bolivia publica *Tesis India* de Fausto Reinaga, aquí se puede leer:

> *"Lo indio salvará a la humanidad. El indio es la gran reserva moral de nuestro tiempo. […] El preamericano a la llegada de Pizarro al Tawantinsuyu, era un hombre íntegro. Para aquel hombre, cualquier otro hombre, era su misma persona, su propia imagen. Su semejante no*

[149] Ob. Cit., Chivi Vargas Idón, Diagnóstico del Código Penal Boliviano desde…, p. 10.

era solo su hermano; era su mismo ser. El "ama llulla, ama súa, ama qhella", era un imperativo universal y cósmico […]"[150]**.**

Aquellos, en palabras de Medrano Ossio, cuyas facultades mentales han quedado paralizadas, han tenido la suficiente fuerza para liderizar el nuevo ciclo del proceso revolucionario empezado a principios del presente siglo. Pero los hechos de corrupción ocurridos en el FONDIOC y su tratamiento político tienden a recuperar la ideología positivista vaciando de contenido los imperativos universales a los que se refiere Reinaga, aspecto que influye en el curso de la investigación penal y tiende a determinar el resultado de los procesos penales sobre el caso FONDIOC, aspecto al que volveremos en el siguiente acápite.

El señor Manuel López Rey y Arrojo, en su proyecto de código penal boliviano presentado en 1943, tampoco pudo eludir a la mayoría poblacional.

Por Decreto Supremo de 1 de septiembre de 1941, el General Enrique Peñaranda ordena la elaboración de proyectos de códigos nacionales por considerar que los existentes datan desde el gobierno del Mariscal Andrés de Santa Cruz y que ya no responden a las realidad nacional por lo que los nuevos instrumentos legales deben ser acordes al grado de desarrollo alcanzado por la sociedad y sus perspectivas de desarrollo. Para el efecto se contrata los servicios del señor Manuel López Rey y Arrojo, quien el 13 de septiembre de 1943 presenta el proyecto de código penal[151].

En la exposición de motivos de su proyecto, citado por Villamor Lucía, rechaza el positivismo porque dio lugar al nacimiento de la criminología y a conceptos de fenómeno biológico, defensa social, peligrosidad en forma indiscriminada que han dado lugar a que regímenes totalitarios los utilicen coadyuvando a una "despersonalización del hombre, un rebajamiento del mismo, que hace que éste quede reducido a la categoría de simple cosa"[152].

---

[150] Reinaga Fausto, ***Tesis India***, impreso por el Partido Indio de Bolivia, Editorial Fenix, La Paz – Bolivia, 1971, pp. 14, 47
[151] Idem. p. 181 y ss.
[152] Idem. p. 197.

Con relación al problema indígena, el profesor Villamor Lucía explica que López Rey, en el Título II, Sección III, introduce la novedad de la inimputabilidad del indio, el artículo 20 inciso segundo establecía: 2. (Minoridad penal).- *"El menor de dieciséis años. Los menores de dicha edad que cometan un delito o contravención, estarán sujetos a la jurisdicción especial sobre los mismos. El indio que por haber pasado toda su vida o la mayor parte de ella en un medio cultural notoriamente inferior al que debe estimarse como mundo configurador de la realidad empírico-cultural boliviana, no pueda racionalmente considerársele como formando parte integrante de dicha realidad. Quedará sujeto a las medidas de seguridad. Si la integración fuere parcial, deberá considerársele como formando parte integrante de dicha realidad sometiéndosele a medidas de seguridad sino fuere susceptible de pena. El indio notoriamente selvático, será considerado en todo caso como inimputable y sometido a las medidas de seguridad."*. Villamor Lucía explica que, para López Rey, la legislación penal boliviana había vivido hasta ese entonces, de espaldas al principal soporte nacional: la realidad indígena, considerando que existen dos clases de indios: 1) los que viven totalmente apartados de la realidad y en estado selvático, y 2) aquellos que si bien no están identificados con la cultura boliviana, sin embargo se hallan integrados con ésta. Dentro de estos últimos no existe una misma condición pues "a mas de indios comerciantes, obreros, empleados, etc. o aún notorios profesionales, existe el indio que vive en la ciudad, que ha hecho el servicio militar, que se halla en mayor o menor medida incorporado a la vida nacional y sobre el que se actúa a través de los Ministerios de Educación, Trabajo e Higiene y aún Gobierno, en forma cada vez más creciente"[153].

El profesor Villamor Lucía, comentando los fundamentos expuestos por el proyectista del código penal, piensa que lo más correcto, en la segunda clasificación, sería hablar de mestizos y no de indios, porque entendemos, dice Villamor, que, estos, ya han tenido un proceso de mestizaje. No se llega a profesional, obrero, empleado, agrega Villamor, en completo "estado selvático". Para ello, el indio ha tenido que ir a la ciudad, establecerse en ella y no

[153] Idem. p. 203.

precisamente es aquél que llega quien consigue esas posiciones, sino su descendencia. A tal punto llega esto, concluye Villamor, que inclusive el apellido sufre una metamorfosis[154].

El señor López Rey y Arrojo puede ser disculpado, pero no la simpleza en el comentario que realiza el profesor Villamor Lucia, por tres motivos que pasamos a exponer. Si bien López Rey, conforme a la exposición de motivos de su proyecto de código penal, dice apartarse del positivismo sostenido por Medrano Ossio, sin embargo utiliza el discurso hegeliano para reducir a los indios a inimputables. Hegel, como es conocido por todos, consideraba a los latinoamericanos sin historia pero con un "futuro" a desarrollar. Nuestra historia había comenzado con la colonización y eran los colonizadores quienes nos enseñarían el camino para llegar al espíritu absoluto, es decir, a la *libertad*. El Derecho, en este caso, el Derecho penal estaba destinado a los libres a quienes se les podía retribuir con penas proporcionales a la libertad con que habían decido cometer el hecho contrario al orden jurídico, en tanto los no libres (salvajes-colonizados) que causaban daños sólo se les podía imponer medidas de seguridad para educarlos y traerlos a la civilización. Es esto lo que López Rey, entre líneas, nos dice para justificar la inimputabilidad y la semi-imputabilidad del indio. Por otra parte, para el año en que López Rey presenta su proyecto de código penal (1943), la obra de Franz Tamayo, a través de su *Creación de la pedagogía nacional*, ya había logrado fortalecerse políticamente y hegemonía discursiva con el proyecto de integrar al indio a través del mestizaje para unificar a la nación boliviana, para ello había que disciplinarlos en la modernidad. Para lograr este proyecto, es obvio que debía seguirse la lógica colonizadora, es decir, continuar con la destrucción de toda forma de organización política, económica y jurídica, que ha decir de la clase señorial, como la llama Idón Chivi, impedía el desarrollo de la nación boliviana. Finalmente, para el año en el que el profesor Villamor Lucía escribe su libro que venimos citando (1977), ya habían surgido y logrado posicionarse los discursos indios kataristas, inclusive ya se había publicado la *Tesis India* del Partido Indio de Bolivia, cuyos postulados de lucha son precisamente la autodeterminación conforme a sus formas

[154] Idem. p. 204.

políticas de organización. Lo que quiero decir es que para nadie, en esa época, era desconocido que los pueblos indígenas contaban, y hasta ahora cuentan, con sus propias formas de vida. Es esto lo que López Rey trató de ocultar y que el profesor Villamor pasó por alto. Este no es un detalle de pura casualidad, lo que pasa es que la clase dominante que dirigía el curso de lo que se suponía debía ser lo común nacional, necesitaba instrumentos jurídicos acordes a su proyecto de país, y López Rey tenía el discurso adecuado.

Las ideas de López Rey y Arrojo finalmente fueron plasmadas en el Código Penal de 1972.

Bajo los principios de orden, trabajo, paz y respeto a la ley, para garantizar el desarrollo del país, el General Hugo Banzer Suarez, el 5 de noviembre de 1971, dicta el Decreto Supremo N° 9980, en su artículo primero establecía: *"Restablécese la pena de muerte para los delitos de asesinato, parricidio y traición a la patria. La misma pena se aplicará a los casos siguientes: a) El terrorismo, en cualquiera de sus formas, que provoque consecuencias fatales. b) Atentados contra la vida de los Dignatarios del Estado y los miembros de las Fuerzas Armadas de la Nación y del orden público, por motivaciones políticas. c) El secuestro de personas con el objeto de causarles algún daño físico como rehenes, proponer su canje con otras personas o su libertad a cambio de dinero o por otras concesiones o imposiciones. d) Alzarse en actos de guerrilla urbana o rural."*.

El 4 de noviembre de 1964 se inaugura un ciclo de gobiernos dictatoriales que duraría dieciocho años. El 15 de abril de 1952 el entonces Capitán René Barrientos Ortuño se traslada a Buenos Aires para traer a Víctor Paz Estensoro a la ciudad de La Paz. El hijo del nacionalismo revolucionario, después de aquel primer contacto con el líder de la revolución, llegaría, en 1960, a ser su vicepresidente. A partir de este momento, Barrientos Ortuño, ya en el generalato del Ejército Boliviano, en complicidad con el General Ovando empiezan a conspirar en contra del Doctor Paz Estensoro, conspiración que se materializa con el golpe de estado del 4 de noviembre de 1964 mandando al Doctor Paz Estensoro al exilio y formándose una junta militar de gobierno a la cabeza del General Barrientos.

A partir de 1964 Barrientos que había nacido y vivido parte de su vida en la población de Tarata, Departamento de Cochabamba, empieza a explotar el carisma que lo caracterizaba,

viajaba a todos los rincones de la Patria y hablaba perfectamente, como todo tarateño, el idioma quechua que le acercaba directamente a la población históricamente excluida, aspecto que le permitió construir su poder en base al apoyo del sector campesino. En 1966 renuncia al gobierno para habilitarse a la candidatura presidencial, llegando a ganar las elecciones con el 61% de los votos, logrando así el apoyo político de la sociedad civil, de los militares y sobre todo del campesinado boliviano como su núcleo duro que le permitió conformar el Pacto Militar Campesino.

En lo económico, el gobierno de Barrientos estuvo caracterizado por el programa desarrollista y para mantener el apoyo del sector campesino también se utilizó la prebende y el clientelismo como forma de cooptación de la dirigencia campesina. Su relación con el sector obrero y proletario es una historia particular marcada por el derramamiento de sangre.

En 1964 Barrientos decide la rebaja de salarios y en 1965 la congelación de los salarios, produciéndose la ruptura con el líder sindical Juan Lechin Oquendo. En 1967 se promulga una nueva Constitución Política del Estado, afianzándose los derechos y garantías personales, pero paradójicamente el gobierno de Barrientos se aleja de los postulados de esta Constitución y en junio de 1967 el Ejército boliviano irrumpe en los campamentos de Catavi y Siglo XX, durante los festejos de San Juan, produciéndose la masacre de los mineros que con el tiempo llegaría a conocerse como la "Masacre de San Juan", mientras que en las áreas urbanas eran los fabriles quienes protagonizaban las movilizaciones, por lo que Barrientos llego a declarar que la Federación Sindical de Trabajadores Mineros de Bolivia y la Central Obrera de Bolivia debían desaparece, iniciándose una persecución a la dirigencia obrera, con exilios y apresamientos. El pretexto para estas acciones gubernamentales se explican porque entre 1966 y 1967 había surgido el foco guerrillero comandado por Ernesto "El Che" Guevara y las sospechas imperialistas de que la dirigencia obrera estaba prestando la colaboración necesaria a la guerrilla, por lo que el imperativo imperialista era destruir toda organización sindical obrera para evitar la expansión del comunismo y así aplastar todo foco insurgente orquestado por los líderes revolucionarios cubanos al mando de Fidel Castro. En este panorama, el General Barrientos se convirtió en la figura central para el gobierno de los Estados Unidos de Norte América, quienes ante la seriedad del triunfo de la Revolución

Cubana y la presencia del "Che" Guevara en Bolivia, tuvieron que prestar toda la logística al gobierno de Barrientos a través de los Rangers americanos para finalmente aplastar a la guerrilla. Posteriormente, en 1970, surge otro foco guerrillero conocido como la "Guerrilla de Teoponte".

En agosto de 1971, el presidente Juan José Torres sufre el golpe de estado banzerista apoyado por el Movimiento Nacionalista Revolucionario y la Falange Socialista. Antes del golpe de estado, el entonces Coronel Banzer, a través del General Remberto Iriarte, advierten al General Juan José Torres que no permitirían la destrucción de la institucionalidad del Estado, es decir, los principios de orden, trabajo, paz y respeto a la ley, postulados que se debían imponer a la anarquía que representaba la izquierda nacional, el comunismo, el troskismo, el pensamiento progresista de los universitarios, de los obreros, fabriles, y a la acción desplegada en el oriente boliviano por el Ejercito de Liberación Nacional a la cabeza de Oscar Zamora Medinacelli, etc., que amenazaban con instaurar un nuevo orden político, económico y social y que hacían revivir las sombras de la guerrilla guevarista. A este panorama se sumaba la acción de la Central Obrera Boliviana que logró instalar la Asamblea del Pueblo que debía ocupar el lugar del Parlamento, reuniendo a 218 delegados, 123 mineros, 23 campesinos y además se contaba con la representación de todos los partidos de izquierda. Este hecho político, la guerrilla del "Che" Guevara y la de "Teoponte", fue el desafío y la provocación directa para el imperio norteamericano para que ordenaran la ejecución de lo que hoy se conoce como el "Plan Condor" ejecutado con el golpe de estado comandado por el General Hugo Banzer Suarez a quien el diablo se lo llevo sin haber rendido cuentas.

El Frente Popular Nacionalista, como se denominó al gobierno de Banzer, integrado por el MNR y la FS, implemento un capitalismo de Estado adquiriendo una fuerte deuda externa y la suma de los precios de las materias primas permitieron un cierto crecimiento económico en el país, esto permitió el desarrollo acelerado del eje central de Bolivia, Santa Cruz de la Sierra, Cochabamba y La Paz.

Los acontecimientos políticos que precedieron al gobierno dictatorial banzerista y el relativo crecimiento económico durante su gobierno, explican, entonces, el contenido del Decreto

Supremo N° 9980 de 5 de noviembre de 1971 y el contenido y consecuencias punitivas de los delitos en contra de la Seguridad del Estado previstos en el Código penal de 1972; es decir, que estaba justificado que este Código considere a los indígenas como imbéciles y a la vez como subversivos, imbéciles para educarlos e incorporarlos a la supuesta civilización para apuntalar el proyecto de la clase dominante y subversivos cuando sus estructuras de organización se fortalecían para interpelar el proyecto opresor, mientras que las organizaciones sindicales obreras eran consideradas en permanente estado de subversión que con sus acciones ponían en riesgo las instituciones del Estado y el progreso económico y social de Bolivia.

El profesor Fernando Villamor Lucia critica a la Comisión Coordinadora del Anteproyecto del Código penal del 72, diciendo que esta comisión, al introducir la pena de muerte para los delitos de parricidio, asesinato y traición a la patria, no ha tomado en cuenta que la Constitución Política del Estado de 1967 en su artículo 17 abolió la pena de muerte y que el artículo 228 establecía claramente el orden de aplicación de las leyes, por lo que considera que la razón para contradecir lo establecido en la Constitución e incluir la pena de muerte está en el Decreto Supremo N° 9980 de 5 de noviembre de 1971[155].

Podemos, ahora, profundizar la crítica del profesor Villamor. El Decreto N° 9980 y el desconocimiento de los preceptos constitucionales no fue una simple omisión por parte de la Comisión Coordinadora, sino que fue producto de la emergencia política no solo nacional sino continental que amenazaba transformar el orden político, económico, social, etc., de todo un continente, poniendo en riesgo la hegemonía de poder del imperio norteamericano. Lo propio ocurrió el año 2005. Recordemos que la masa movilizada, luego de derrocar al gobierno de Gonzalo Sánchez de Lozada desarticuló el gobierno de Carlos Mesa para posteriormente impedir la rearticulación del bloque de poder neoliberal oponiéndose, de hecho, a la juramentación del presidente del Senado, Hormando Vaca Diez, del Movimiento de Izquierda Revolucionario, como Presidente Constitucional de Bolivia, obligando a

[155] Ob. Cit., Villamor Lucía Fernando, ***La Codificación Penal en Bolivia…***, p. 260 y ss.

extender la sucesión presidencial hasta Eduardo Rodríguez Veltzé, Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Con el derrocamiento de Sánchez de Lozada y la renuncia a la presidencia de su sucesor Carlos Mesa, la embajada norteamericana, en su cálculo político se dio cuenta que era inviable cualquier gobierno bajo el mando de la coalición conformada por el MNR, MIR y NFR, por lo que decidió poner sus ojos en Rodríguez Veltzé, al igual que en Banzer en 1971. La Corte Suprema de Justicia, en medio de los conflictos sociales, había convocado a sala plena para elegir a su nuevo presidente, según normativa la presidencia debía recaer en el Dr. Keni Prieto Melgarejo, en su condición de Decano de la Corte Suprema, luego de la votación, para sorpresa del país entero, sus miembros habían elegido "ilegalmente" a Eduardo Rodríguez Veltzé como presidente de la Corte Suprema, porque la embajada americana, previendo lo inevitable, ya lo había elegido para hacerse cargo de la presidencia de la república, el Dr. Prieto, con la dignidad de un hombre de Derecho, en el acto, renuncio a su magistratura. Pero las acciones colectivas no cesaban por lo que Rodríguez Veltzé tuvo que constituir un gobierno de transición, pues a diferencia del alfil Banzer, el nuevo bloque de poder que se aprestaba a tomar el poder estatal contaba con apoyo que trascendía las fronteras, los Kichsner en Argentina, Lula Da Silva en Brasil, Hugo Chávez en Venezuela, Rafael Correa en el Ecuador, etc., por lo que el imperio norteamericano tuvo que dar un paso atrás. Entonces no se puede decir, simple y llanamente que los entonces ministros de la Corte Suprema, al haber elegido como presidente a Rodríguez Veltzé, desconocieron las normas de la Ley de Organización Judicial, sino que esta decisión fue orquestada desde la embajada americana porque veían en Rodríguez una posibilidad de superar la crisis y recuperar el estado de las cosas, por lo que con Rodríguez, el bloque que hasta ese momento detentaba el poder estatal, se jugó su última carta, como ocurrió durante el gobierno banzerista. Para que lo dicho no quede en una simple elucubración histórica, recuérdese que los indígenas de tierras bajas, a partir de julio del año 2005 empiezan a presionar al presidente Rodríguez para que cumpla y aplique el artículo 57 de la ley de Hidrocarburos, es decir, proceda a la redistribución del producto de los hidrocarburos que beneficiaría directamente a los pueblos indígenas. Ante la negativa del gobierno transitorio, el 7 de septiembre el pueblo Guaraní decidió iniciar el bloqueo de caminos en la ruta Santa Cruz – Camiri. El 18 de septiembre, Rodríguez decide responder

con una brutal represión militar y policial, rompiéndole la pierna a su dirigente Celso Padilla, secuestro de comunarios, prendiendo fuego a sus objetos personales, allanaron viviendas y todo por reclamar lo que por derecho histórico les corresponde. Rodríguez debía resistir, los señores que se habían servido del Estado durante los últimos veinte años debían, de la mano de Rodríguez, mantener el control del aparato estatal porque se avecinaban las elecciones nacionales, la esperanza era que Jorge Quiroga Ramírez, ex vicepresidente del dictador Banzer y candidato de la derecha neoliberal ganara las elecciones, pero la suerte estaba echada, era cuestión de tiempo. El 18 de diciembre de 2005, Evo Morales Ayma, gana las elecciones presidenciales y cuatro días después, el 22 de diciembre de 2005, el presidente Rodríguez firma el Decreto Supremo N° 28571 creándose el Fondo de Desarrollo para los Pueblos Indígenas Originarios y Comunidades Campesinas, lográndose el reconocimiento del 5% del Impuesto Directo de los Hidrocarburos a favor de dichos pueblos y comunidades. Este Decreto no fue un regalo, fue fruto de las luchas de los pueblos oprimidos y del temblor de Rodríguez al ver el triunfo de Morales, es decir la toma del poder por aquellos que había reprimido, porque el Decreto se firmó, sospechosamente, luego de las elecciones presidenciales.

El Derecho penal republicano también se ocupó de las mujeres. El tratamiento especial de las mujeres por el Derecho penal puede ser rastreado desde la edad media. "*El Malleus Maleficarum* o *Martillo de las brujas*" de 1484, manual de criminología, de derecho penal y de procedimiento penal, escrito por los inquisidores Heinrich Kraemer y James Sprenger, sostiene que la mujer es inferior al hombre por haber sido hecha de la costilla del hombre y, siendo que la costilla es curva, se contrapone a la rectitud del hombre. Por este motivo, se afirma que la mujer tiene menos fe que el hombre y por tanto es más proclive a ofender a Dios. Los criterios de Lombroso, desde lo fisiológico, también son ilustrativos porque sostiene el fundamento de que la mujer es pasiva y por ello tiene mayor adaptabilidad y es más obediente a la ley que el hombre. Sin embargo son potencialmente a-morales, frías,

calculadoras, seductoras y malévolas[156]. Fundamento plasmado en el tipo penal descrito en el artículo 564 del Código Penal de 1834, el cual señalaba:

> *"La mujer que cometa adulterio perderá todos los derechos de la sociedad conyugal, y* ***sufrirá una reclusión por el tiempo que quiera el marido****, con tal que no pase de seis años. El cómplice en el adulterio sufrirá igual tiempo de reclusión que la mujer, y será desterrado del pueblo mientras viva el marido, a no ser que este consienta lo contrario".*

El artículo 497 establecía que:

> *"No estará sujeto a pena alguna el homicidio que se cometa en cualquiera de los casos siguientes: 5. En el de defenderse una mujer honesta de algún ultraje o ataque violento que se haga a su pudor en el acto mismo del homicidio, no teniendo otro medio para impedirlo"***.**

¡¡¡Mujeres a-morales y seductoras!!! Había que castigarlas. Ese "Ser" moral y no seductor, el varón, era quien decidía el tiempo de duración del castigo. Pero hay algo más, se reconocía la pena del destierro. En mi criterio, la pena privativa de libertad en la cárcel, es otra forma de destierro. Del mismo modo, como se observa, la eximente de punibilidad a favor de la mujer estaba determinada por una cuestión de moralidad y no por las circunstancias objetivas concurrentes en el momento del hecho; lo propio ocurría para la protección contra agresiones de tipo sexual, es decir, la protección estaba condicionada por la honestidad de la mujer y no por la libertad sexual.

A partir de la última década del siglo pasado empieza a generarse una profusa legislación a favor de la mujer, debido, consideramos, a dos factores fundamentales. Las mujeres empiezan a organizarse de diferentes formas, por ejemplo en los barrios a través de los clubs de madres de familia, asociaciones de comerciantes, sindicato de trabajadoras del hogar, las ONGs de defensa de derechos, corrientes feministas y de género, etc., organizaciones que responden a diversas necesidades, desde el reconocimiento y ejercicio de sus derechos

---

[156] Ortega Sivila Carlos Eduardo, ***Punitivismo en Bolivia***, Servicios Gráficos IMAG, Sucre – Bolivia, 2014, p. 196.

subjetivos hasta la defensa de sus medios y fuentes de trabajo. Recuerdo que hace pocos años atrás el municipio de la ciudad de Sucre empezó la refacción del parque "Bolívar", concluida la refacción y entregada la obra, el señor alcalde decidió la reordenación de los puestos de venta que se ubicaban en una de las puertas de ingreso al parque, se trataba de afectar a no más de cuatro vendedoras, para ello se ordenó a la guardia municipal a retirar los puestos de venta. Ante dicha acción, el abogado de las trabajadoras desafió públicamente al señor alcalde diciéndole: "Señor alcalde no sea pollerudo, no se meta con estas mujeres indefensas. Si usted instruye la reordenación del mercado campesino, entonces mis clientes acataran la reordenación de los puestos de venta que están en el parque". La defensa no podía ser más contundente y efectiva, porque en el mercado campesino las vendedoras, por ejemplo, de plátanos y todas las demás, están organizadas en sindicatos imposibles de vencer, pero las del parque Bolívar estaban huérfanas sin una organización sindical quien las defienda. El señor alcalde, ante tan elocuente discurso de defensa y ante la vergüenza que le causó el alegato, tuvo que retroceder y ahora en el parque se cuenta con una playa de venta de comidas y otros productos. En palabras de Álvaro García Linera esta sería una forma de ejercicio de ciudadanía y en palabras de Luís Tapia estas organizaciones en cierto momento se convierten en estructuras de rebeldía relativa de cuestionamiento a las instituciones democráticas. Entonces, el otro factor sería que estas formas de organización, articuladas por intereses que de una u otra manera coinciden, les dio la suficiente fuerza para copar ciertos espacios de poder en los niveles de decisión estatal, posibilitando que, desde ese lugar, se empiecen a dictar leyes especiales de protección hacia las mujeres, es decir, lograron tener capacidad de movilización colectiva, hacer ruido y combinar estas acciones desde y con los niveles de decisión. El 15 de diciembre de 1995 se promulgó la ley N° 1674, el 29 de octubre de 1999 se promulgo la ley N° 2033, por ley N° 2117 de 11 de septiembre de 2000 se eleva a rango de ley la "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer", y actualmente se tiene la ley N° 348. Veamos algunas consecuencias. Estas organizaciones se han convertido en un muy buen capital político que da lugar al discurso demagógico, no es raro escuchar al candidato parlamentario de turno proponer la castración química para los violadores sexuales; operan como agentes de intervención externa a la independencia del Órgano Judicial, es decir, tienen capacidad para influir en las decisiones

judiciales mediante el descrédito y la ofensa a la personalidad del administrador de justicia; con la promulgación de la ley N° 348[157], lograron que el Estado se apodere de la pretensión formal de la acción penal y la dureza de las sanciones previstas para las infracciones penales, antes de operar como articuladoras y re-articuladoras del núcleo social, su efecto está siendo des-articulador; operan también, en muchos casos, como una especie de colonizadores culturales; finalmente podemos decir que, en el caso de las ideologías de género, se llega al extremo de cuestionar el sentido común de la vida práctica de una sociedad.

Corresponde ahora analizar el discurso del Derecho penal en lo que va del Estado Plurinacional Comunitario de Bolivia. Tomaremos como ejemplos de discusión los casos de corrupción ocurridos en el Fondo de Desarrollo para los Pueblos Indígenas Originarios y Comunidades Campesinas (FDPPIOYCC); el problema de los pueblos indígenas originarios que viven en el Territorio Indígena Parque Isiboro Sécure (TIPNIS), y el problema de corrupción que afecta a los nuevos obreros que surgieron con la profesionalización de los deportes.

2.2.2.- El discurso del Derecho penal en lo que va del Estado Plurinacional de Bolivia

Álvaro García Linera, el año 2011, reflexionaba diciendo que, a un año de la instauración de la construcción del Estado Plurinacional, nos encontramos ante la presencia de contradicciones fundamentales, principales, y secundarias. La contradicción fundamental antagónica sería la de la unidad del pueblo boliviano enfrentado al imperialismo que se resiste a reconocer nuestra soberanía y capacidad de autodeterminación en la construcción de nuestro destino. Las contradicciones principales se mostrarían en las luchas del pueblo boliviano frente a los residuos fragmentados del neoliberalismo, del gamonalismo regional, de la derecha mediatizada y del colonialismo, que se oponen al Estado Plurinacional, a la autonomía y a la industrialización. Pero también surgen, dice García Linera, tensiones

[157] En mi libro ***Punitivismo en Bolivia***, se tiene un análisis mucho más amplio de la Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia "Ley N° 348", pp. 165 y siguientes.

secundarias y no antagónicas al interior del bloque popular revolucionario, en el seno del pueblo. Etas tensiones tendrían que ver con el debate fructífero, democrático y creativo respecto a la velocidad y a la profundidad del Proceso de Cambio y serían parte de la dialéctica del avance de nuestro proceso revolucionario y lo alimentan porque son la fuente fundamental del desarrollo, del debate al interior del pueblo y de la transformación social[158].

Según García Linera, nos encontraríamos en la Quinta Fase del Proceso Revolucionario, en la cual estarían surgiendo, como se dijo, tensiones secundarias creativas que son dialécticas pero no contradictorias. Esta fase la divide en cuatro tensiones o contradicciones y explica las características propias de cada una de ellas y su respectivo relacionamiento dialéctico. Veamos estas tensiones para después analizar el discurso del Derecho penal en esta fase del proceso revolucionario.

Relación entre Estado – movimiento social. Para García Linera el *Estado* es por definición concentración de decisiones, monopolio sobre la coerción, la administración de lo público-estatal, e ideas-fuerza que articulan a una sociedad. El *movimiento social* y las *organizaciones sociales* serían por definición democratización de decisiones, amplia y continua socialización de deliberaciones y decisiones sobre asuntos comunes. *Gobierno de movimientos sociales* es por tanto una tensión creativa, dialéctica, productiva y necesaria entre concentración y descentralización de decisiones. La gente, dice García Linera, espera acciones ejecutivas prontas que den respuestas concretas a sus necesidades materiales. Pero a la vez, las organizaciones sociales indígenas-campesinas, obreras y populares en el Gobierno, se tiene una dinámica orgánica que exige debate, deliberación, reconsideración de temas y propuestas, ampliación de participantes en torno a esas decisiones. Y, por tanto, el gobierno del presidente Evo al ser un Gobierno de movimientos sociales vive y tiene que vivir continuamente esta tensión creativa entre concentración versus descentralización de

[158] García Linera Álvaro, ***Las Tensiones Creativas de la Revolución: La quinta fase del Proceso de Cambio***, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz – Bolivia, 2011, pp. 26 y 27.

decisiones, entre monopolización y socialización de acciones ejecutivas, entre el tiempo corto para obtener resultados y el tiempo largo de las deliberaciones sociales[159].

Para resolver esta tensión, García Linera propuso el concepto de *Estado integral* como el lugar donde el Estado (el centro de decisiones) comienza a disolverse en un proceso largo en la propia sociedad, y donde ésta última empieza a apropiarse, cada vez más, de los procesos de decisión del Estado. No cabe duda, dice el ideólogo, que constituye la superación dialéctica de esta tensión entre Estado (como máquina que concentra decisiones) y movimiento social (como máquina que desconcentra y democratiza decisiones). Advierte que se trata de un proceso que no puede ser resuelto a corto plazo y que requerirá un largo proceso histórico, de avances y retrocesos, de desequilibrios a favor de uno u otro polo poniendo en riesgo la eficacia del gobierno o la democratización de las decisiones. Un segundo momento de esta tensión entre Estado – movimiento social, y más importante, según García Linera, es el que se da entre la expansión material del Estado social y la función estatal de las comunidades y sindicatos agrarios. En tiempos coloniales y republicanos, el sindicato-ayllu habría operado como forma de protección social, de regulación propietaria, justicia, sentido de pertenencia y de identidad. A esta función de protección y socialización, el presidente Evo la habría denominado sindicato-Estado, es decir un permanente estado de guerra entre Estado y sindicato-ayllu. La diferencia sería que en el Estado Plurinacional, el sindicato-ayllu se apropia del Estado en lo que se refiere a sus funciones organizativas y de gestión como forma de socialización y comunitarización creciente del poder como parte de una profunda revolución política de la sociedad. Pero aquí también, advierte García Linera, que la apropiación del Estado por parte del sindicato es también un apropiación del sindicato por parte del Estado, que puede llevar a la un debilitamiento del mismo sindicato-ayllu, de su poder de gestión y cohesión[160].

[159] Idem, p. 28.
[160] Idem, p. 32 y ss.

Flexibilidad hegemónica frente a firmeza en el núcleo social. Esta tensión creativa es la que se daría entre la amplitud social del proceso revolucionario (la incorporación creciente de muchos sectores) y la necesidad de garantizar la conducción indígena, campesina, obrera y popular del mismo. La forma de su resolución es la ampliación, la apertura y la conversión del significado de pueblo a todas y todos los bolivianos –sin excepción- que apuestan por la descolonización, por el Estado Plurinacional, por la igualdad entre los pueblos, por la autonomía democrática de las decisiones, por el comunitarismo y la industrialización rectora de la economía plural, en fin, que apuestan por el *Vivir Bien*. Pero, nuevamente advierte García Linera, que así como se tiene que apostar a una gran amplitud social que incorpore a vastos sectores –incluso de carácter empresarial, vinculados y de profunda convicción patriótica-, es imprescindible reforzar y garantizar el núcleo duro de la revolución: los pobres, los humildes, los campesinos, los indígenas, los obreros, los vecinos, que no cabe duda que son, en las buenas y en las malas, el núcleo, el baluarte y la garantía de la conducción precisa y justa de nuestro proceso revolucionario. Se exige también que el bloque hegemónico liderice el cambio en lo pedagógico y moral de las otras clases sociales[161].

Intereses generales frente a intereses particulares y privados. Es la que se da entre el interés general de toda la sociedad y el interés particular de un segmento individual de ella, entre las demandas que buscan satisfacer las necesidades de todo el pueblo como modo de resolución de la demanda de uno, y las movilizaciones que apuntan solamente a satisfacer las necesidades de un grupo particular, un sector o un individuo. Contradicción entre lo general y lo particular, entre la lucha común, comunitaria, comunista, y la búsqueda del interés individual, sectorial, particular y privado[162]. Aquí considero que García Linera nos invita a situarnos en el contexto nacional y mundial, es decir, mirar nuestra realidad y la realidad externa, fundamentalmente económica. Por ejemplo la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales, resulta necesario aunque se tenga que afectar la madre tierra y destruir formas de vida, porque sin estos recursos no se tiene posibilidad,

[161] Idem, p. 39.
[162] Idem, p. 41.

momentáneamente, de cubrir las necesidades básicas de las mayorías sociales. El proceso revolucionario consistiría en trabajar para sentar las bases o condiciones materiales para dejar de depender de los recursos hidrocarburíferos.

El socialismo comunitario del Vivir Bien. En mayo del año 2016, Manuel Morales Álvarez pone a disposición del público boliviano su trabajo sobre la corrupción en el Fondo Indígena titulado *Fondo Indígena: La gran estafa. Denuncias y propuestas desde los Pueblos Indígenas;* en junio de 2017, aparece el trabajo de Oscar Ortiz Antelo, también sobre los actos de corrupción en el Fondo Indígena, titulado *Crónica de una traición: Investigación del Fondo Indígena*. El nivel de rigurosidad[163] en el manejo de datos económicos y la argumentación que, en esa trama de corrupción, realizaron Morales Álvarez y Ortiz Antelo en sus respectivos trabajos, y las tensiones secundarias y no antagónicas expuestas por García Linera, nos permite mayor claridad para la crítica del discurso del Derecho penal en lo que va del Estado Plurinacional de Bolivia.

Ortiz Antelo parte de la hipótesis de que la corrupción en el Fondo Indígena es la muestra de los planes políticos más ambiciosos del gobierno nacional que no beneficiaron a los indígenas, sino que se opone de manera frontal y hasta violenta a sus intereses, constituyéndose esta estafa en la traición de un gobierno que enarboló la bandera indígena y que lejos de fortalecer sus estructuras, las ha debilitado dividiéndolas, utilizándolas e instrumentalizando lo indígena. En este sentido, califica a la Confederación Sindical de Comunidades Interculturales de Bolivia (CSCIB), a la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB) y a la Confederación Nacional de Mujeres Campesinas Indígenas Originarias de Bolivia "Bartolina Sisa" (CNMCIOB-BS), como las "trillizas incondicionales". Los datos económicos manejados y utilizados por Ortiz, le

[163] En ambos trabajos se observa una cierta diferencia en los montos de dinero que los dirigentes sindicales recibieron del Fondo Indígena; sin embargo, este aspecto no nos parece relevante, sino la argumentación que deriva de la trama de corrupción que se vivió al interior del Fondo Indígena. Por ello, lo importante en este trabajo es el tratamiento jurídico penal de estas acciones corruptas y las consecuencias que este tratamiento puede generar en la sociedad y su posible repercusión en el proceso de cambio político y jurídico que está experimentando la sociedad boliviana.

permiten afirmar que estas tres organizaciones sociales juntas habrían recibido del Fondo Indígena más de 500 millones de bolivianos, mientras que las organizaciones sociales de tierras bajas del oriente (CIDOB, CPESC, CPEMB y APG) habrían recibido juntas solamente 100 millones de bolivianos[164]. Los desembolsos económicos, según Ortiz, habrían ocurrido en momentos importantes de la coyuntura política para el gobierno nacional, entre los años 2010 hasta el 2014. El año 2010 se decreta el gasolinazo y ante el rechazo generalizado, serían las Bartolinas Sisas y la CSUTCB las que darían el espaldarazo al gobierno, esto explicaría el incremento en el desembolso de fondos económicos a favor de estas organizaciones. El año 2011 el gobierno nacional se enfrentaría a la CIDOB y al CONAMAQ por su oposición a la construcción de la carretera que atravesaría el TIPNIS, proyecto impulsado por el gobierno; la CIDOB sufriría una decreciente línea de desembolsos, mientras que las "trillizas", que se mostraban a favor del proyecto caminero, mostrarían una creciente línea de desembolsos, a esto se sumaría las elecciones para autoridades del Órgano Judicial, por lo que el gobierno requería el apoyo de sus bases sociales[165]. Otro dato que identifica Ortiz Antelo es el hecho de que el gobierno optaría por la acción de dividir a la CIDOB y al CONAMAQ, es decir, se impulsó la creación de dirigencias paralelas, por ejemplo la dirigencia paralela de la CIDOB recayó en Melva Hurtado[166]. Finalmente, la investigación del señor Ortiz Antelo le permite afirmar que más del 95% de las transferencias en dinero se dieron a cuentas personales de manera totalmente irregular, posibilitando el uso absolutamente discrecional de recursos públicos del pueblo boliviano, siendo el caso más extraordinario, entre otros, el de la señor Melva Hurtado de Añez.

Manuel Morales Álvarez es enfático en afirmar que la estafa que denuncia corresponde a autoridades de gobierno, pero también a malos dirigentes, a personas que han usurpado cargos para beneficiarse personalmente. Denuncia a Hilarión Mamani como falso dirigente del CONAMAQ y reprocha su actitud porque se dio a la tarea de crear una organización

---

[164] Ortiz Antelo Oscar, ***Crónica de una traición: Investigación del Fondo Indígena***, Plural editores, La Paz – Bolivia, 2017, p. 61.
[165] Idem. pp. 70 y ss.
[166] Idem.

paralela al CONAMAQ Orgánico, intervenir la sede de la organización, con ayuda de la policía y el apoyo del gobierno, de manera ilegal e ilegítima participó de la reunión de directorio del Fondo Indígena con el aval de la ministra Nemecia Achacollo, este evento se realizó en la localidad de Huajchila[167].

Según Morales, las operaciones que implican a Melva Hurtado suman 22.383.159,3 millones de bolivianos, recursos económicos que debían servir para proyectos de las organizaciones que conforman el FDPPIOYCC en tierras bajas. El primer desembolso a favor de Hurtado, dice Morales, se aprobó el 14 de septiembre de 2009, el monto fue de 205.179 bolivianos que fueron a parar a una cuenta del banco Mercantil Santa Cruz. La segunda transferencia fue a la misma cuenta, perteneciente a esta dirigente, se trata de 270.043,43 bolivianos, aprobado el 23 de septiembre de 2010, para el proyecto de producción de patos en la Comunidad indígena San Pedro a ser ejecutado en el Beni. Otro desembolso de 543.106 boliviano llegó a la cuenta de Hurtado en el Banco Nacional de Bolivia, para el proyecto implementación de sistemas agroforestales en las Subcentrales More y Joquiniano, se aprobó el 3 de junio de 2014, a las 18:08, un minuto después, a las 18:09, se aprobó otro desembolso de 457.627,74 bolivianos, para el proyecto revalorización, rescate, producción y comercialización de artesanías típicas de mujeres indígenas de tierras bajas, el monto se transfirió a otra cuenta de la misma persona en el mismo banco. La quinta transferencia de 600 mil boliviano a favor de Hurtado fue a parar, explica Morales, a una tercera cuenta del Banco Nacional de Bolivia, para el proyecto apoyo y fortalecimiento de la gestión de proyectos de la CIDOB, depósito aprobado el 29 de julio de 2014, 19 minutos después se aprobó la trasferencia de 550.173,20 bolivianos para el proyecto implementación de un módulo de ganado bovino lechero en dos comunidades del Consejo de Mujeres Indígenas More, este monto fue a parar a una nueva cuenta del banco Mercantil. La séptima transferencia es de 8 millones de bolivianos para el proyecto apoyo a la cadena de producción y comercialización de emprendimientos agrícolas,

[167] Manuel Morales Álvarez, Fondo Indígena: La gran estafa. Denuncias y propuestas desde los Pueblos Indígenas, Viejo Topo, CONAMAQ Orgánico, Bolivia, 2016, p. 88.

pecuarios, forestales, artesanales y agroforestales en doce regiones, etc., etc., etc.[168]. Los dirigentes sindicales de la CSUTCB, Damián Condori, Fernando Choque y Simeón Jaliri; Ever Choquehuanca, dirigente de la CSCIB; Juanita Ancieta y Julia Ramos, dirigentes de la organización Bartolina Sisa, cada uno a su turno, también recibieron recursos económicos del Fondo Indígena[169].

La trama de corrupción en el Fondo Indígena no fue el resultado del simple encuentro entre la *cosa pública* y el *deseo* de cinco o diez dirigentes sindicales o de unos cuantos técnicos que administraron el Fondo Indígena. No, la corrupción en el Fondo Indígena fue el instrumento y medio para posibilitar, en base a la cohesión inquebrantable del núcleo duro del gobierno, la expansión territorial e ideológica del proyecto político gubernamental. Este instrumento y medio a la vez, es dócil cuando se encuentran frente a frente la cosa pública y el deseo humano. Confucio decía: "no conozco a nadie que anteponga sus principios a la pasión". Por lo que a diferencia de Ortiz Antelo, en sentido de que el indígena habría sido instrumentalizado para posibilitar un proyecto político, nosotros sostenemos que son los campesinos e indígenas quienes tienen muy claro su proyecto expansionista territorial, ideológico y económico. Lo que ocurre es que uno de los sectores se está sobreponiendo al otro porque de una u otra manera detentan el poder estatal, son mayoría y tienen poder económico, y a este bloque de poder está sumado la clase empresarial, aspecto que les permite ir transformando ciertas formas políticas minoritarias de vida. Por tal motivo, aceptar la hipótesis de Ortiz Antelo es aceptar el paternalismo positivista, es decir, resulta insostenible pensar que un grupo de personas –presidente, vicepresidente, ministros, senadores y diputados- instrumentalice a un bloque social que tiene la suficiente fuerza política y económica para sostener al gobierno e imponer su plan expansionista. Con lo dicho me refiero al proyecto carretero por el TIPNIS.

[168] Idem. p. 89 y ss.
[169] Idem. p. 91 y ss.

Por otro lado, resulta interesante observar que cuando la dirigencia de ese bloque de poder se ve descubierto en actos de corrupción, se tenga que utilizar el discurso positivista para eludir la responsabilidad penal. En este sentido García Linera, sobre los actos de corrupción en el Fondo Indígena, ha declarado públicamente:

> *"hay una mezcla de ambición personal de algunos dirigentes e ingenuidad administrativa. Falta de experiencia. Administraron mal, de una manera ingenua. Están devolviendo la plata, pero administrativamente han cometido todos los errores que se pueden cometer."*[170]

Mientras el presidente del Estado, Evo Morales, defiende a los dirigentes de las organizaciones sociales que administraron el Fondo Indígena:

> *"He visto proyectos bien ejecutados, pero sin descargos, ahí viene la Contraloría ¿qué hicieron? Pobre dirigente, el responsable es el dirigente, pero no el técnico, aquí deberían procesar a los técnicos y no a los dirigentes. Es otro problema que se presenta […] Ahí hubo un problema, yo no echo la culpa a los dirigentes, pero lamentablemente los técnicos no acompañaron a los dirigentes […] Los dirigentes generalmente no somos profesionales y administradores, por eso ahí se necesitaba buenos profesionales para resolver temas técnicos"*[171].

La cosa pública, deseo, pasión e ingenuidad en la administración de esa cosa pública, serían las causas de la corrupción y por ello tendrían que estar exentos de responsabilidad penal. Pero como se dijo, la corrupción en el Fondo Indígena, responden a un proyecto expansionista de tipo político.

Retomemos los fundamentos expuestos por de García Linera en su libro *Las Tensiones Creativas de la Revolución: La quinta fase del Proceso de Cambio*. En el caso de Bolivia, la vanguardia revolucionaria del Proceso de Cambio o el núcleo duro del proceso sería la clase indígena-campesina. Pero la sociedad en general sería más que ese núcleo duro. La clase indígena-campesina, como núcleo duro del proceso revolucionario, estaría mostrando la

[170] Declaraciones en Bolivia TV, 3 de septiembre de 2015.
[171] Agencia de Noticias Fides, La Paz, 17 de junio de 2017.

suficiente capacidad para consolidar el proyecto de Estado y de sociedad, porque ha sido capaz de expandirse, de articular y de incorporar al resto de las clases sociales al proyecto revolucionario. Además, ese núcleo duro a mostrado capacidad de liderazgo intelectual y moral, es decir, liderizar el sentido común de la sociedad boliviana, el sentido de lo justo y de lo injusto, de lo valido y de lo inválido. Por otro lado, como ya se vio, García Linera advierte que se debe cuidar ese núcleo duro, porque si se cede, se dan demasiadas concesiones, demasiadas flexibilizaciones a favor de esas otras clases sociales que han sido incorporadas al proceso revolucionario, ese núcleo duro puede llegar a abandonar el proceso revolucionario, por lo que lo fundamental es consolidar ese núcleo duro para que no abandone el proceso revolucionario y se tenga una base social dispuesta a morir por el proceso revolucionario.

No nos sorprende entonces que la Confederación Sindical de Comunidades Interculturales de Bolivia (CSCIB), a la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB) y a la Confederación Nacional de Mujeres Campesinas Indígenas Originarias de Bolivia "Bartolina Sisa" (CNMCIOB-BS), compuestas en su mayoría por aimaras y quechuas, al ser el núcleo duro del proceso revolucionario, hayan recibido la mayor cantidad de financiamiento económico por parte del Fondo Indígena, relegando a las organizaciones indígenas de tierras bajas, porque ese es el núcleo duro que hay que cuidar. En el caso de la problemática del TIPNIS, las organizaciones cocaleras del trópico cochabambino están conformadas en su mayoría por quechuas y aimaras, y estas organizaciones tienen una exigencia fundamental, pues al ser propietarios de sus propios medios de trabajo, necesitan expandirse territorialmente para incrementar sus medios de trabajo y su economía capitalista, por lo que su proyecto es la colonización del TIPNIS. Al existir oposición de las organizaciones indígenas de tierras bajas y de otras organizaciones como por ejemplo del CONAMAQ Orgánico, el gobierno tuvo que corromper a la dirigencia y dividir a las organizaciones, véase el caso de Melva Hurtado y de Hilarión Mamani, porque el gobierno está obligado a defender a su núcleo duro y además a expandir su núcleo duro, no importando que se tenga que destruir a otros sectores indígenas que son minoritarios, es decir, a los 2000 o 3000 indígenas que viven en el TIPNIS, porque los quechuas y aimaras que colonizaran el TIPNIS son millones.

El discurso del Derecho penal en lo que va del Estado Plurinacional de Bolivia termina siendo una extensión del discurso del Derecho penal republicano. La clase campesina-indígena es la que lideriza, *moral* e *intelectualmente*, el proceso revolucionario, pero cuando la dirigencia del núcleo duro del Proceso de Cambio se ve envuelta en actos de corrupción, resulta que son *ingenuos* y su *ingenuidad* habría sido la causa de la mala administración de los recursos económicos del Fondo Indígena, por lo que deben estar exentos de responsabilidad penal, y los únicos delincuentes sería la *clase profesional* que no supo *orientar* a la *clase ingenua* que lideriza el Proceso de Cambio y que además administra el Estado. Dicho de otro modo, se utiliza el positivismo racial biológico para defenderlos de sus actos de corrupción, de criminales pasan a víctimas, y por otro lado resultan ser el capital social moral e intelectual con capacidad de liderizar el sentido común de la sociedad boliviana, el sentido de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto, de lo válido y de lo inválido.

Los discursos políticos del presidente Evo Morales y del vicepresidente Álvaro García Linera, están originando diversas consecuencias perversas que pueden terminar destruyendo la ilusión histórica del Proceso de Cambio. Cuando desde el centro mismo del Órgano Ejecutivo se dice que los técnicos deben ser procesados y no los dirigentes sindicales y que los actos de corrupción son errores administrativos producto de la ingenuidad, considerando la fragilidad institucional del Órgano Judicial y del Ministerio Público, lo que se está haciendo es intervenir externamente en la administración de justicia, interfiriendo, indirectamente, en el curso de la investigación penal y condicionando los resultados de la investigación penal, permitiendo que los corruptos pasen de criminales a víctimas. Del mismo modo, se ha visto que se mantiene la práctica del prebendalismo y el clientelismo sindical para dividir a las organizaciones sociales, evitando, en palabras de Luís Tapia, se tornen en estructuras rebeldes.

Así, la administración de justicia penal se ha convertido en un juego de ajedrez. Los jugadores tienen la misión de proteger a la reina y al rey. Todo acto de investigación y toda resolución fiscal y judicial deben ser cuidadosamente analizados y consultado para no perjudicar a la reina ni al rey. En la práctica, el Órgano Judicial y las organizaciones sociales se han convertido en corporaciones estatales, confundiéndose el Estado con el Derecho y el Derecho

con la mera administración. Aparentemente, no existe intervención política al Órgano Judicial, pero basta un solo discurso político para que el Órgano Judicial tiemble en beneficio del núcleo duro del gobierno. Con relación a esta corporativización, Cáceres Ortega escribe:

> *"La corporativización de las organizaciones sociales y su representación sustituyen en su función al parlamento, aunque no cumplen la misma función legislativa, ni limitativa de poder conforme a la división de poderes y su sistema de pesos y contrapesos del poder de la teoría liberal de la cual se aparta, sino más bien se convierten en un medio de legitimar las decisiones del líder carismático en quien se concentra el poder, que en el fascismo como régimen autocrático es quien asume las decisiones. En una dictadura militar latucensu existe también un dictador, sin embargo esto no hace necesariamente fascista al régimen, aunque sí lo hace una dictadura, característica que comparte con el fascismo, pero en cuanto al ejercicio del poder el dictador fascista, el líder carismático como autócrata, se encuentra legitimado –sin ningún freno-, porque logra movilizar amplios sectores de las masas que encuentran en él a su dirigente capaz de conducirlos personalmente a la promesa del destino, como nación que les anuncia el conductor, seduciéndolos, en la creencia que sólo a través de él y sólo con él se puede lograr. El líder es considerado imprescindible, en un consenso casi generalizado para la realización de las aspiraciones de la nación, mientras que la resistencia antifascista y las disidencias en general son reprimidas, encarceladas o eliminadas"*[172].

El presidente Evo Morales ha decidido ejecutar el proyecto carretero por el TIPNIS por lo que los sindicatos cocaleros del trópico cochabambino ven en él su posibilidad de expansión demográfica y económica, por lo que las organizaciones sociales que se oponen a este proyecto deben ser intervenidas, desarticuladas y sus dirigentes eliminados del escenario político, para ello les es útil el Derecho penal y para su efectiva utilización el Órgano Judicial debe ser corporativizado. Pero, la defensa de las acciones corruptas realizadas por y al interior del núcleo duro del Proceso de Cambio, a la larga se va debilitando lentamente y la sociedad que es más que el núcleo duro, como lo sintetiza García Linera, sufre angustia y se deprime, se quiebra socialmente y se enfrenta, finalmente se destruye en un individualismo inmoral,

[172] Ob. Cit., Cáceres Ortega, Introducción al Derecho Civil del Estado Plurinacional de Bolivia…, p. 92.

muchas veces legal y legítimo. Es lo que está ocurriendo actualmente, esa sensación real de apropiación, por unos pocos, del producto del trabajo de todos, que impide la continuidad del proceso político revolucionario en sus diferentes direcciones, por lo que el pueblo en determinado momento demanda el cambio de dirección política, es lo que ocurrió el 21 de febrero de 2016, pues uno de los factores, por no decir el fundamental, para que la población rechace la reelección presidencial de Evo Morales, fueron los groseros actos de corrupción.

Deliberación en base a la fundamentación y argumentación en condiciones de asimetría sería, según el profesor Enrique Dussel, la forma de ejercer la verdadera democracia, aspecto que como se vio es aceptado por García Linera. Pero no todo se puede democratizar, se deben tomar decisiones, sustenta García Linera, para que el aparato estatal no se detenga, la contradicción se vive entre la deliberación y la toma de decisiones.

La idea que sostenemos es que algunas de estas prácticas, caracterizadas por García Linera como tensiones creativas del proceso revolucionario, que deberían ser tratadas desde el Derecho penal, están siendo tratadas desde lo político, y las que no deberían ser tratadas desde el Derecho penal, están pretendiendo ser resueltas utilizando el Derecho penal, afectando de esta manera la posibilidad de dar el salto a una forma superior de organización social. Veamos.

Si revisamos los artículos 1, 2, 3, 11, 26, 30, 31 y 32 de la Constitución Política del Estado concluiremos que ahora, a diferencia del Estado-Nación, se reconocen, por poner solo un ejemplo, las formas de autogobierno comunitario y local reconociéndose así la igualdad entre culturas y pueblos, es decir, que la autonomía y la autodeterminación de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, son componentes del concepto de plurinacionalidad. Consiguientemente, considero que es bastante peligroso el arsenal conceptual construido por García Linera en sentido de que no todo se puede democratizar porque el Estado, como monopolio de lo común, debe tomar decisiones para que este aparato no se detenga, la contradicción se vive, dice García Linera, entre la deliberación y la toma de decisiones. Peligroso porque en el espacio plurinacional adquieren igualdad las formas de organizar la acción política, las formas de concebir la propiedad, gestionar el territorio y la

forma de organizar la vida económica en el seno de los diferentes pueblos y naciones. Precisamente, son estas dimensiones las que se inclinan a ser resueltas por la fuerza, es decir, existe la tendencia a tomar decisiones por sobre los afectados. En este sentido, veamos una de las contradicciones en las que tiene participación el Derecho penal.

Luis Tapia afirma que una de las connotaciones fuertes del estado moderno según las teorías realistas –Marx y Weber- es la idea de que es un monopolio de la autoridad, de la política, de la ley, de la fuerza, también de la administración de lo que en ciertos momentos va a empezar a llamarse lo público. Esto implica que para que el estado sea ese tipo de relación, de estructuras y de institucionalidad, no debe haber otras estructuras de autoridad paralelas y alternativas en los territorios sobre los que reclama el monopolio de la autoridad y la dirección política[173]. En la lógica del análisis marxista, nos dice Tapia, hay la idea de que es la expansión del capitalismo la que va desorganizando las formas de sociedad previa o de totalidad, los sistemas de relaciones sociales preexistentes, no sólo el núcleo de las relaciones de producción sino también y sobre todo sus formas de organización social, en particular sus formas de autogobierno. En este sentido, Tapia recuerda que en la tradición marxista se ha establecido una fuerte relación entre la forma del estado y la forma y la ley del valor, es decir, el estado corresponde a aquellos territorios en los que se ha implantado de manera dominante o exclusiva la ley del valor. Uno podría decir que allá donde se ha implantado de manera exclusiva la ley del valor estamos en las condiciones de lo que llamó subsunción real. Donde la ley del valor es dominante pero no exclusiva estaríamos todavía en la diversidad de configuraciones en las que existe lo que Marx llamó subsunción formal, es decir, la subordinación de otras formas de trabajo, de producción y sus estructuras sociales a las estructuras capitalistas[174]. Del mismo modo, Tapia enseña que en la misma historia del pensamiento marxista se introdujo la idea de formación económico-social para dar cuenta de la existencia de varios modos de producción. Es aquí donde Tapia utiliza la noción de

[173] Tapia Luis, "El estado en condiciones de abigarramiento", en AA.VV. ***El Estado. Campo de lucha***, CLACSO, COMUNA, Muela del Diablo editores, La Paz – Bolivia, 2010, p. 97
[174] Idem. p. 98.

formación social abigarrada desarrollada por René Zavaleta caracterizándola como una variación de la noción de formación económico-social y como crítica que permite dar un paso a abordar el tipo de complejidad que nos toca vivir. La noción de formación social abigarrada más bien sirve, nos dice Tapia, para pensar la coexistencia y sobreposición desarticulada de varios tiempos históricos, modos de producción, concepciones del mundo, lenguas, culturas y diferentes estructuras de autoridad. En la noción de formación social abigarrada, continúa Tapia, el énfasis no está puesto en la articulación y refuncionalización que es el rasgo central de la conceptualización de la noción de formación económico-social, sino más bien el énfasis está puesto en lo contrario, en la idea de la sobreposición desarticulada[175]. Para Tapia, uno de los rasgos fuertes del abigarramiento, que permite marcar la diferencia, es el hecho de que persisten estructuras de autoridad o de autogobierno de varios de los pueblos y culturas que han sido conquistados. Esto implicaría que varios territorios de un país como Bolivia, en el espacio que se reclama ser un estado nación, no sólo existen las estructuras del estado más o menos republicano y moderno, sino que también existe una diversidad de otras formas políticas de autogobierno, estructuras de autoridad, que son la principal forma en que se relativiza, se reduce o se cancela la idea y la factualidad del monopolio de la política[176]. Así, para Tapia el monopolio estatal estaría quebrado por la persistencia de otras estructuras de autoridad que son las que obtienen la lealtad primordial de varios pueblos y culturas, que en principio responden a otro orden político en tanto es parte de la totalidad social en la que se socializan y constituyen como sujetos y, así reproducen y desarrollan una cultura diferente a aquella que corresponde a la configuración de un estado moderno. De esta diversidad organizada y movilizada provendría, siguiendo a Tapia, el proyecto de un estado plurinacional[177]. Pero la posibilidad de construcción del nuevo Estado Plurinacional también estaría imposibilitado por la existencia y constante reproducción de estructuras de un orden y poder social y económico de tipo patrimonial.

[175] Idem. p. 100
[176] Idem. p. 101.
[177] Idem. p. 103.

El tema se complica cuando la Constitución Política del Estado reconoce a las naciones y pueblos indígena originario campesinos el derecho: a existir libremente; al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión; a ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, dice la Constitución, que se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan; a la libre determinación y territorialidad; también se garantiza el derecho a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios; a la gestión territorial indígena autónoma, y a la uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros; también se protege y respeta las formas de vida individual y colectiva de aquellas naciones y pueblos indígena originarios en peligro de extinción, en situación de aislamiento voluntario y no contactados, gozando además del derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan. El reconocimiento de estos derechos se da en el marco de un Estado capitalista cuya primera y más fuerte economía es eminentemente extractivista, aspecto que complica el ejercicio de dichos derechos. Del mismo modo, los derechos fundamentales individuales atraviesan los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Por otra parte, se tiene el reconocimiento de un conjunto de derechos políticos de asociación, participación, información y voto que se ejercen para acceder al espacio o lugar central de la política, pero también son derechos que permiten la práctica política por fuera del estado, en la organización de la sociedad civil y la esfera de lo público, siendo la sociedad civil otro lugar de la política, en realidad, dice Tapia, un conjunto de lugares en los que se organiza la vida política no estatal[178]. Finalmente, si bien la sociedad civil se organiza como un conjunto de lugares en los que se hace política

[178] Tapia Luís, ***Política Salvaje***, CLACSO, COMUNA, Muela del Diablo editores, La Paz – Bolivia, 2008, p. 54.

sectorial o política nacional desde lo sectorial y además aceptan las normas del orden social y político, estas organizaciones se configuran como movimiento social cuando la acción colectiva empieza a desbordar los lugares estables de la política, tanto en el seno de la sociedad civil como en el estado, y se mueve a través de la sociedad buscando solidaridades y aliados en torno a un cuestionamiento sobre los criterios y formas de distribución de la riqueza social o de los propios principios de organización de la sociedad, del estado y del gobierno[179]. Sobre esto último Tapia dice que:

> *"Los movimientos sociales suelen hablar de algo que no tiene lugar en la sociedad, sobre la ausencia de algo deseable, cuya consecución se busca y conquista en el movimiento y en la reforma de los espacios políticos existentes. […] También es un modo de politización de lugares sociales o conjunto de estructuras y relaciones sociales que habían sido neutralizadas o despolitizadas y, por tanto, legitimadas en su forma de organización de algunas desigualdades. […] El estado es el lugar del gobierno, así como la sociedad civil es el lugar de la organización y representación corporativa o sectorial, y en algunos casos, de control y presión sobre el gobierno. […] La principal forma de la política moderna es el estado. Es la forma que articula la producción y reproducción del orden social y político. Para su articulación operan hoy otras formas adicionales, como el partido. Los movimientos sociales son una forma de política que problematiza la reproducción del orden social, de* ***manera parcial o general****."*[180]**.**

Veamos los hechos ocurridos durante la marcha indígena por la defensa del TIPNIS rechazando la construcción de la carretera que atravesará sus territorios. Aquí interesan tres aspectos: las causas normativas que dieron origen a la marcha, represión en la localidad de Chaparina y la toma de rehén por los indígenas al canciller David Choquehuanca. Pero antes repasemos rápidamente algunos aspectos normativos sobre democracia y su ejercicio, sistemas de gobierno, derechos de las naciones y pueblos indígenas, derechos individuales fundamentales y modelo económico.

---

[179] Idem. p. 55.
[180] Idem. p. 56 y ss.

El gobierno lanza el proyecto carretero y empieza a ejecutarlo sin observar el artículo 30.II.15 y 352 de la Constitución Política del Estado, si bien ahora se cuenta con una consulta previa, esta fue posterior al inicio de ejecución del proyecto y posterior al conflicto social que se analiza y además con serias sospechas sobre su carácter previo, de buena fe y concertado; he aquí uno de los primeros problemas, pues el artículo 11.II.I de la Constitución establece que una de las *formas* de *ejercer* la *democracia* es precisamente la *asamblea* y la *consulta previa*, aspecto que tiene que ver con los derechos civiles establecidos en el artículo 21.6 y con los derechos políticos señalados en el artículo 26.II.3 constitucionales, y lo más fuerte es que las naciones y pueblos indígena originario campesinos tienen derecho a la libre determinación y territorialidad y al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión, artículo 30.II.4.14 de la Constitución. Por otra parte, el artículo 21.4 constitucional reconoce el derecho a la libertad de reunión y asociación, en forma pública y privada, con fines lícitos y el artículo 15 y siguientes reconoce los derechos individuales a la vida, salud, educación y servicios básicos como al agua, gas domiciliario, alcantarillado, electricidad, etc., derechos que también incluye a las personas que forman parte de las naciones y pueblos indígena originario. Finalmente, según el artículo 36 y siguientes de la Constitución, el modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos y está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa y gozan de igualdad jurídica con miras a fortalecer la independencia económica del país, siendo uno de los objetivos la industrialización de los recursos naturales. Tomando en conjunto todos estos núcleos normativos, estamos frente a un menudo problema como ya lo visualizaron Luis Tapia y García Linera.

Desde la lógica del Estado-Nación resultaría irracional que un grupo de indígenas se oponga a la construcción de una carretera o a la exploración y explotación de hidrocarburos en sus territorios y posterior comercialización, pues estas actividades eran condición desarrollo económico e integración de las diferentes culturas bolivianas. Por ello, una marcha, un bloqueo de carreteras, impedir con medidas de hecho el ingreso de las petroleras a los campos petrolíferos, etc., eran consideradas acciones irracionales, a-sociales, sujetos inadaptados que atentaban contra la libertad de trabajo y la economía y el desarrollo del país, por tanto

carecían de apoyo social y legitimidad y las acciones penales en contra de estos grupos de locos eran consideradas totalmente legales. Esto se entiende porque la ontología social liberal propia del Estado-Nación, tomando las palabras de Luis Tapia, concibe a los individuos constituidos antes y fuera de las relaciones sociales, porque sus estructuras y subjetividades en su conjunto están constituidas antes de su interrelación. Aquí se piensa la política a partir de la vigilancia, la protección y el castigo porque la fuente de la autoridad es la propiedad, por tanto, se da la *negación de la pluralidad de la razón*[181]. Pero en el contexto del Estado Plurinacional la lógica argumental cambia radicalmente y debe cambiar. Veamos.

Resulta que el Estado Plurinacional se está desarrollando en un contexto de economía eminentemente capitalista-extractivista, por ello, el Estado requiere construir la polémica carretera y todas las carreteras que pueda, requiere ingresar a territorios indígenas protegidos para explorar, explotar y comercializar hidrocarburos porque su núcleo duro necesita expandirse económica y demográficamente y además el Estado requiere cubrir las necesidades básicas del resto de la población, es decir, posibilitar que los bolivianos y bolivianas ejerzan los derechos fundamentales primarios o básicos como el acceso a electricidad, educación, salud, vivienda, gas domiciliario, transporte, etc., para ello debe privilegiar la economía capitalista y dejar, al menos por el momento, a un lado la economía comunitaria. En este contexto, al Estado no le interesa la vida, es decir, la destrucción de las formas comunitarias de vida resulta inevitable para que el Estado funcione administrando las necesidades básicas de la mayoría de la población. Por este motivo, la *consulta previa* y las *asambleas* de los pueblos indígenas de tierras bajas resultan ser una forma de resistencia al capitalismo y por ende al proyecto desarrollista emprendido por el gobierno. Entonces, cuando el gobierno impone, de hecho, la construcción de la carretera y las formas de ejercicio de la política reconocidas en la Constitución Política del Estado fracasan y se cierre el lugar central de la política (intra-estatal), se empieza a practicar la política por fuera del Estado, es decir, se empieza a solicitar el ejercicio de los derechos vía movilización social. Así, las

[181] Idem. p. 12 y ss.

comunidades del TIPNIS empiezan su marcha en defensa de sus territorios y por el respeto a sus formas de vida y llega a articular a diferentes organizaciones, por ejemplo, a una parte del CONAMAQ, grupos de intelectuales, sindicatos de trabajadores y la marcha adquiere legitimidad y además legalidad porque es la Constitución Política del Estado la que les reconoce, garantiza y protege en igualdad jurídica su autodeterminación, el derecho a su territorio y a sus formas de vida. El gobierno, por su parte, realiza tres acciones desacertadas: represión en Chaparina, paralelismo sindical, es decir, desarticula la matriz organizacional de estas comunidades en base a la cooptación y el prebendalismo, véase el caso de Nelma Hurtado y la corrupción en el FONDIOC, y además utiliza la acción punitiva. Veamos el caso del canciller David Choquehuanca.

El canciller Choquehuanca se presenta en la marcha indígena para dialogar y mediar en el conflicto, pero los marchistas le toman como rehén. El gobierno responde con el inicio de acciones penales. Cómo debería resolverse este tipo de acciones penales, es decir, en un contexto de vigencia del Estado Plurinacional y estando el Estado Plurinacional determinado por el sistema mundo-capitalista, ¿cuál debe ser la respuesta del Derecho Penal ante las acciones de los marchistas en contra del canciller Choquehuanca? Veamos: en la lógica del Estado-Nación, se dijo, es irracional, es ser a-social e inadaptado el tomar como rehén a una persona como forma de protesta y oposición en la construcción de una carretera que beneficiará a la mayoría poblacional, es decir, esta acción es una acción final tendiente a impedir el ejercicio de la libertad individual, en sus diferentes vertientes, de una persona, por tanto es posible subsumir la conducta de los marchistas en uno de los tipos penales que protegen la libertad. Pero este entendimiento, en el contexto de un Estado Plurinacional, sería la negación de la pluralidad de la razón. Recordemos que la Constitución Política del Estado reconoce, garantiza y protege la consulta previa y la asamblea como forma de ejercicio de la democracia; reconoce también el derecho a ejercer la democracia comunitaria, según normas y procedimientos propios; otorga el derecho de reunión y asociación con fines lícitos; reconoce el derecho a la autodeterminación y al territorio; y, la ejercicio de sistemas políticos, jurídicos y económicos de los pueblos y naciones indígena originario campesinos. Es decir, cuando los marchistas toman como rehén al canciller Choquehuanca, sus acciones en este contexto deben ser entendidas como una interpelación y defensa de los derechos que la

Constitución Política del Estado les reconoce, garantiza y protege y que el Estado les está negando, por tanto, estas comunidades tienen el legitimo derecho a defender sus derechos aún sea con la acción movilizada. Dicho de otro modo, es un ejercicio legítimo de defensa de sus territorios y formas de vida, es decir, la antijuridicidad, conforme a estas circunstancias fácticas y normativas que derivan de la Constitución Política del Estado, en tanto la antijuridicidad debe ser buscada en la contrariedad de la conducta en el entramado normativo general, debe, esta categoría del delito, ser analizada desde la memoria larga y el proyecto (en plural) que propone los fines y funciones esenciales del Estado, como parte de un horizonte común que produce la identificación que es referente de interpelación de sentido y causa de los hechos[182].

Concluimos este acápite diciendo que el discurso del Derecho penal en lo que va del Estado Plurinacional sigue la lógica del Estado republicano porque el actual Código Penal propio de la época, privilegian la protección de los derechos individuales, esto está bien, pues nadie pone en cuestión la necesidad de protección de derechos fundamentales individuales como condición de desarrollo individual y de la sociedad misma; sin embargo, en el contexto de un Estado Plurinacional, el sistema penal no puede reducirse a pensar sólo en los *derechos individuales* sin que estos se articulen con los *derechos colectivos* de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su correspondiente protección penal. Tal parece que la legislación boliviana, protege aquello que se considera que sirve al desarrollo nacional y desecha aquello que impide el desarrollo nacional, desarrollo entendido en sus diferentes vertientes, por ejemplo, el *derecho* a la consulta previa, como forma de ejercicio de la democracia, puede ser fácilmente violentado en provecho de un cierto bloque de poder económico, sin que la posibilidad de ejercicio de este *derecho* por sus titulares (colectividad) sea reforzado con la protección que pueda brindar el Derecho penal. En este sentido, la legislación penal está impregnada de la ontología social liberal, su cualidad sería, según Tapia, unos individuos que se caracterizan por tener una racionalidad microeconómica como

[182] Idem. p. 73.

guía estratégica de sus actos, que a su vez están motivados por una moralidad en principio egoísta que asume la solidaridad como un medio más, en ocasiones el más adecuado para realizar fines predefinidos individualmente, constituidos antes de y fuera de las relaciones sociales y su estructura de preferencias y las subjetividades en su conjunto estarían constituidas antes de su interrelación, es decir, la sociedad sería un espacio de interacción como simple medio para realizar fines y satisfacer necesidades[183]. De ahí que sea importante entender la diferencia entre interculturalidad en el ámbito del Estado-nación y la interculturalidad en el ámbito plurinacional. Siguiendo a Boaventura Santos, citado por Salvador Schavelzon, la diferencia entre la interculturalidad en el ámbito del Estado-Nación y la interculturalidad en el ámbito plurinacional, es que en la última se incluyen las dimensiones culturales, pero también políticas, territoriales y económicas, formas diferentes e igualmente legítimas de organizar la acción política, concebir la propiedad, gestionar el territorio y organizar la vida económica[184]. Por tanto, se observa que la legislación boliviana y en especial las leyes penales, no protegen la libre determinación, autonomía, autogobierno y territorio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, respeto a sus creencias espirituales, idiomas, formas comunitarias de gobierno, las formas de vida individual y colectiva de los indígenas no contactados, propiedad intelectual en ciertos saberes, organización económica comunitaria, consulta previa sobre recursos naturales y proyectos que les afecte, propiedad colectiva y comunitaria, aprovechamiento de recursos naturales renovables, tierra y territorio. Dicho de otro modo, si todos los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado son interdependientes e indivisibles (Art. 13.I), es decir, si cada uno de los derechos hace posible el ejercicio de los otros derechos, cada uno de ellos debiera ser reforzado, como posibilidad de su ejercicio, por la protección del Derecho penal, por ejemplo pensar la consulta previa y la asamblea en tanto *formas de ejercitar la democracia* con relación a los derechos políticos y estos interpretados o colocados como componentes del derecho a la dignidad y libertad individual y colectiva de las bolivianas y

[183] Idem. p. 12 y ss.
[184] Schavelzon, Salvador, Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir. Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes, ABYA-YALA, CLACSO, 2015, p. 110

los bolivianos, y así el Derecho penal pueda constituirse en instrumento de posibilidad para avanzar en la construcción del Estado Plurinacional de Bolivia. Es cierto que las condiciones sociales y económicas en las que se está desarrollando el Estado Plurinacional hacen posible el ejercicio efectivo de algunos de los derechos, especialmente aquellos individuales y difícil o casi imposible el ejercicio de otros derechos, pero este aspecto no puede ser suficiente para que el Derecho penal desconozca los núcleos duros de constitución del Estado Plurinacional y se constituya en mecanismo de reducción del Estado Plurinacional al reconocimiento de identidades culturales propias del multiculturalismo. Otro aspecto que debe ser superado del discurso del Derecho penal republicano es la sub-alternización clasista y hasta biologista, es decir, pensar que el *"otro"* diferente no reflexiona como *"yo"* o sentirse en el derecho de hacerle pensar como *"yo"*, o que cierta clase, por ejemplo campesina, indígena, obrera, etc., es irracional, irreflexivo o poco solidario; un buen ejemplo es el libro *Crónica de una traición: investigación del Fondo Indígena*, escrito por Oscar Ortiz Antelo, que debería ser leído como una suerte de acusación, victimización y defensa de una clase sobre otra. Para superar este aspecto, como se dijo, en ciertos delitos, la conducta humana debe ser analizada desde la memoria larga y el proyecto (en plural) que propone los fines y funciones esenciales del Estado, como parte de un horizonte común que produce la identificación que es referente de interpelación de sentido y causa de los hechos.

Nos refiramos ahora al más popular de los deportes, el "futbol". Nuestros abuelos cuentan que en sus tiempos ellos jugaban al futbol por amor a una casaca y que era inmoral y deshonroso traicionar los colores del "equipo"; ahora, dicen, el jugador de futbol ama el dinero y ya no hay amor a los colores del "equipo", basta que empiece a jugar lindo, viene el empresario para llevárselo, y esto tiene su lógica: se beneficia el jugador, el empresario, el equipo, la liga, la federación, la FIFA y las empresas de televisión transnacionales. Empieza la danza de los millones.

Tomemos en consideración el siguiente criterio de García Linera:

> *"(...) el valor de uso ha de ser visto como la objetividad resultante de la actividad del ser humano hacia la naturaleza; es la* ***cualidad material de la utilidad*** *en la que se resume no sólo la intensidad de esta relación, sino también la amplitud y el contenido de esta*

> *relación (...) En el valor de uso, la humanidad se descubre en la cualidad de sus apariencias, en la amplitud o estrechez de éstas que marcan la potencialidad de sus capacidades; en el valor de uso el ser humano existe en tanto* ***uso****, en tanto la utilidad de su capacidad para darle a la materia natural esas formas que satisfagan sus necesidades. En el valor de uso, en definitiva, el ser humano se ve en su incompletitud natural-radical que solo puede ser satisfecha por el* ***uso*** *y transformación de la naturaleza general, incluida la suya propia, por la comprensión de sus leyes y fuerzas volcadas como materia de satisfacción. En sentido estricto, el valor de uso es el contenido material de la riqueza y la naturaleza existe como fuente potencialmente inagotable de ella. Se puede decir entonces, que el valor de uso es la condición y el resultado último de la materialidad de toda* ***forma social, de hecho, toda sociedad es en definitiva una forma de adquisición de los valores de uso*** *y, por tanto, ella también puede ser visa como un valor de uso"*[185].

Las nuevas teorías interpretativas denominadas o rotuladas de "sociedad del conocimiento", "era de la información" y "valor conocimiento", no han logrado desplazar la concepción del pensamiento económico marxista de que el trabajo humano es la fuente predominante de generación de riqueza social, podemos afirmar la vigencia plena de la Ley del Valor, más aún cuando el capital amplía su terreno de acción hacia nuevas actividades y profesiones, por ejemplo, el jugar futbol.

El valor de uso generado por la adaptación de la naturaleza circundante para la satisfacción de las necesidades del ser humano, en el caso del futbol, fue consolidado mediante la transformación de las materias naturales como el cuero en una pelota y la tierra en un campo de fútbol, actividad que en un primer momento le permitió experimentar la sensación de placer, regocijo y confraternidad. Aquí corresponde mencionar que, todo cambio en la forma de trabajar es consecuencia de las transformaciones operadas en el capital, es decir, que las características del trabajo no están determinadas por el contenido en sí del mismo, sino por las características que asume el capital en un momento histórico concreto; es así que esta subsunción real entre la esfera del trabajo y la esfera del capital provocó que el jugar el futbol

---

[185] García Linera Álvaro, ***Forma valor y forma comunidad***, Muela del Diablo, La Paz – Bolivia, 2009, p. 41-42.

asuma la característica de valor intercambiable, que no es otra cosa que el *"valor relativo a un producto determinado en un acto determinado de intercambio"* (Marx), es decir, que el tiempo de trabajo y esfuerzo que se entrega al juego es cuantificado y convertido en dinero cuando esta actividad se vuelve profesional para el jugador.

Establecidas así la cosas, debemos resaltar que las novedosas mutaciones del trabajo producidas en circunstancias en que casi todas las actividades humanas están engarzadas a la producción, determina que incluso jugar al futbol, como una actividad de recreación y esparcimiento, se haya convertido en la actualidad en una industria rentable, improductiva y distractiva al futbolista en un asalariado bien remunerado y consumido por la rutina de un trabajo alienante y repetitivo, siendo que la importancia comercial de generar millones de dólares con el espectáculo le ha despojado al juego de su alegría inicial, al club en una empresa y una tribu (sentido de pertenencia y relaciones sociales) y al público en mercado consumidor.

En la periferia, el futbolista no tiene conciencia de su condición de obrero, vende su fuerza de trabajo por un salario sin considerar que él es el dueño del espectáculo, espectáculo que genera millones de dólares que no son de su propiedad, lo único que le pertenece es su fuerza de trabajo, él solo se conforma con vestir a la moda y dar conferencias de prensa.

El rápido y general repaso histórico del discurso político y jurídico desplegado a partir de 1825 hasta nuestros días, nos permite constatar que el sistema jurídico penal se construyó sobre bases de opresión y exclusión, resaltando como víctimas históricas la mujer, el indígena y el obrero. Sin embargo, es cierto que a partir de la segunda mitad del siglo XX, en materia de derechos humanos, inclusión y tolerancia se ha avanzado mucho, sin embargo estos logros siguen siendo insuficientes para crear una nación inclusiva e igualitaria, de ahí que en adelante sostendremos que la construcción de un Sistema Jurídico Penal Boliviano debe constituirse en un instrumento normativo más de posibilidad para cumplir los fines, funciones y proyectos de país plasmados en la Constitución Política del Estado, para ello, se necesita sentar las nuevas bases teóricas que sirvan como parámetro para entender, interpretar y

aplicar este nuevo cuerpo normativo, para ello se requiere discusión en base de lo que Tapia llama comunidad de derechos.

Luis Tápia Mealla explica su *idea de comunidad de derechos*:

> *"La idea de comunidad de derechos puede servir para vaciar el centro, para organizar la posibilidad de que no haya un centro generalmente ocupado por una de las vertientes generadas en la historia de la cultura dominante, a partir de la cual se integre a las otras culturas, consideradas como minorías y, por lo tanto, como contenedoras se sistemas jurídicos y normativos de un rango inferior, que en el mejor de los casos, se reconoce como complementario en aquellos lugares donde hay vacío, incapacidad de regulación social por parte del sistema jurídico dominante. La idea de comunidad de derechos sirve, básicamente, para pensar la igualdad jurídica entre diferentes culturas, sociedades y pueblos. La idea de comunidad de derechos no implica una condición de coexistencia en la que cada sociedad, pueblo, cultura, logren el reconocimiento del resto de sus principios políticos, de organización y de gobierno y por lo tanto su legalidad, pero que cada una de ellas se mantenga de manera separada. La idea de comunidad sirve para pensar cómo se produce algo común, en este caso, algo común a partir de la diversidad cultural, y ese algo común es lo que todavía no hay"*[186].

2.3.- El concepto de ciudadanía desde las microestructuras sociales

Finalmente, en lo que aquí interesa, consideremos el concepto de ciudadanía desde las microestructuras sociales, concretamente el sindicato. García Linera escribe:

> *"El que el sindicato asuma la forma de ciudadanía legítima ha de significar que, a partir de entonces, los derechos civiles, bajo los cuales la sociedad busca mirarse como colectividad políticamente satisfecha, tiene al sindicato como espacio de concesión, de dirección, de realización. Pero para que esta manera de filiación ciudadana se vuelva duradera y forje auténticos procesos de identidad social no basta con que los de abajo le recuerden a los de arriba que están ahí por obra de los primeros; se requiere que los de arriba le hagan ver a los de abajo que hicieron bien en colocarlos arriba, por el conjunto*

[186] Tapia Mealla Luís, ***La invención del núcleo común. Ciudadanía y gobierno multisocietal***, CIDES – UMSA, Postgrado en Ciencias del Desarrollo, La Paz, Bolivia. 2006, p. 40.

de beneficios que por ello reciben. Se requiere entonces que las estructuras sindicales canalicen un acervo de dividendos sociales, que pueden ser tanto políticos como culturales y económicos. Desde el momento en que esto empieza a suceder, el sindicato deviene el modo del ejercicio de la ciudadanía legítima, lo que significa que es una fuerza que emerge de la sociedad hacia el Estado, pero también una fuerza cuya legalidad emana del Estado para aplicarla a la sociedad"[187].

Esta forma de ejercicio de la ciudadanía ingresa en crisis durante la época republicana neoliberal, véase el tipo penal del artículo 234 vigente hasta el 11 de diciembre de 2012, pero ahora se revitalizan estas formas de ciudadanía, he ahí la razón de la derogatoria. Consiguientemente, una cooperativa, sindicato, asociación, fundación, junta vecinal, junta escolar, son núcleos y formas que posibilitan el ejercicio de derechos, ámbito de posibilidad y de materialización del ejercicio de los derechos. Por ello el Estado debe atravesar todas estas formas de organización social, pues se trata de asumir, por parte de sus miembros, responsabilidad sobre intereses colectivos.

2.4.- La construcción de la subjetividad y la validez material del orden jurídico

Considerando que *todos hemos asumido el reto histórico de construir colectivamente* el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, tal como reza el preámbulo de la Constitución Política del Estado, veamos algunos postulados del pensamiento filosófico del filósofo lituano Emmanuel Levinas.

Según Analía Giménez Giubbani, la filosofía de Levinas se separa de la filosofía occidental, esta es una filosofía de la mismidad, que no deja lugar a la alteridad, pues la historia de la filosofía occidental puede ser interpretada como una tentativa de síntesis universal, una reducción de todo lo que tiene sentido a una totalidad en al que la conciencia abarca al mundo, no deja ninguna cosa fuera. Ante esto, dice Giménez, Levinas propone que el sentido está en el cara-a-cara, en las relaciones humanas, en la ética. Su pretensión sería formular una nueva

[187] Ob. Cit., García Linera, ***La potencia plebeya…*** Pp. 184-185

antropología que atienda a la constitución de la subjetividad desde lo otro. En este intento, siempre según Giménez, aparece la categoría del rostro como transversal en su pensamiento y la idea de la responsabilidad infinita y previa a la libertad, que conforman el humanismo del otro hombre[188].

En el presente trabajo, de la filosofía de Levinas, nos interesa su concepción o estudio del *Otro* y su presencia en forma de *rostro*, la *responsabilidad*, *sensibilidad* y el problema de la *libertad*. Para explicar el sentido ético del rostro Giménez cita a Levinas:

> *"Levinas dice en Ética e infinito: "Yo me pregunto si se puede hablar de una mirada dirigida hacia el rostro, pues la mirada es conocimiento, percepción. Yo pienso más bien que el acceso al rostro es, de entrada, ético". La consideración de los rasgos concretos de una persona supone dirigirse a ella como a un objeto. Por eso dice Levinas, "la mejor manera de encontrar a otro es no darse cuenta ni del color de sus ojos."*[189]. (Citas omitidas)

Según lo expuesto por Levinas, Giménez sostiene que este sentido ético del rostro tiene un doble sentido. Por un lado, el rostro se muestra en su desnudez, hay en él una pobreza esencial, está siempre expuesto y amenazado; por otro lado, al mismo tiempo ordena y dirige al sujeto el primer precepto: "no matarás". Entonces, dice Giménez, pese a su debilidad y a su indigencia, la aparición del rostro equivale, paradójicamente, a la orden que desde su "altura" da un *señor*. A partir de aquí, nos dice Giménez, según Levinas deben ser entendidas las relaciones humanas. Del mismo modo, afirma que, según Levinas, la violencia proviene de la negativa a pensar lo humano en términos de santidad y de la dificultad de admitir que el Otro sobrepasa infinitamente mis poderes. El único valor absoluto para Levinas es la posibilidad humana de dar prioridad al Otro por encima del yo: ese es el ideal de la santidad[190].

---

[188] Giménez Giubbani Analía, ***Emmanuel Levinas: Humanismo del Rostro***, Escritos /Medellín – Colombia/Vol. 19, N° 43/pp. 337-349, julio – diciembre 2011/ISSN 0120 – 1263, p. 338.
[189] Idem. p. 339.
[190] Idem. p. 340.

Sobre el problema de la libertad, Giménez explica:

> *"El Otro, según Levinas, no limita la libertad del Mismo. Al llamar a la responsabilidad la instaura y la justifica: promueve mi libertad al suscitar mi bondad. La relación con el Otro es un despertar, como una obligación. Lo que importa es la responsabilidad para con el Otro, como un compromiso más antiguo que cualquier deliberación memorable y constitutiva de lo humano. Es evidente que en el hombre se da la posibilidad de no despertar al Otro, y eso es el mal."*[191].

Con relación a la sensibilidad y responsabilidad, Giménez refiere que:

> *"La relación ética acontece al nivel de la sensibilidad, no al nivel de la conciencia: el sujeto ético es un sujeto sensible. La sensibilidad es el camino de la sujeción. La ética es vivida en la sensibilidad de una exposición corpórea ante el Otro: gracias a que el yo es sensible, es digno de entrar en una relación ética. […] Para Levinas, el fundamento último del hombre es el ser responsable y tiene que ser responsable ante un llamado; ese llamado es ético y proviene del rostro del Otro. La libertad es originalmente dirigida por esta responsabilidad infinita. Responsabilidad por el Otro que es principio fundante y anterior a la libertad. Esta es una de las afirmaciones más originales de Levinas. El pasado en el que se sitúa la responsabilidad no es sincronizable: es anterior al tiempo que está bajo el dominio de la libertad del sujeto y de su capacidad de representación"*[192].

Por otra parte, Olivia Navarro explora lo que Emmanuel Levinas denomina el sentido y la significación del *rostro*[193]. Para ello, en lugar de comenzar formulando la cuestión qué es un "rostro" sería más conveniente, dice Navarro, comenzar preguntándonos qué no es un "rostro". Levinas, según Navarro, define el "rostro negativamente, porque definirlo implica borrar su estatus de "rostro". En palabras de Levinas:

---

[191] Idem. p. 342.
[192] Idem. p. 345.
[193] Navarro Olivia, ***El "rostro" del otro: Una lectura de la ética de la alteridad de Emmanuel Levinas***, Contrastes. Revista Internacional de Filosofía, vol. XIII (2008), pp. 177-194. ISSN: 1136-4076, Licenciatura de Filosofía, Universidad de Málaga, Facultad de Filosofía y Letras, Campus de Teatinos, E-29071 Málaga, España, p. 180.

> *"El rostro está presente en su negación a ser contenido. En este sentido no podría ser comprendido, es decir, englobado. Ni visto, ni tocado, porque en la sensación visual o táctil, la identidad del yo envuelve la alteridad del objeto que precisamente llega a ser contenido. El Otro no es otro con una alteridad relativa como, en una comparación, las especies, aunque sean últimas, se excluyen recíprocamente, pero se sitúan en la comunidad de un género, se excluyen por su definición, pero se acercan recíprocamente por esta exclusión a través de la comunidad de su género. La alteridad del Otro no depende de una cualidad que lo distinguiría del yo, porque una distinción de esta naturaleza implicaría precisamente entre nosotros esta comunidad de género que anula ya la alteridad."*[194]**.**

En base a esta definición negativa del *rostro,* Navarro sostiene que no sólo se reconoce un vínculo entre mirar, objetivar y dominar al otro, sino que también es necesario reconocer que el otro se presenta al margen de la experiencia sensible que suscita; por ello, sostiene, que un "rostro" no es el conjunto de una frente, dos ojos, una nariz, una boca y un mentón, en la medida que su significación desborda su imagen. Pero, tampoco hay que pensar que la corporalidad del otro es información de su mundo interior o exterior. El otro es, afirma, tomando el título de un artículo de César Moreno, un "rostro sin mundos", es decir, está más allá de cualquier contexto, léase, cultura, etnia, estética, sentimiento, afecto, etc[195]. Navarro explica:

> *"Lo que es interesante destacar es la misma lógica de la "interpelación", porque permite identificar la dinámica de la "sensibilidad del rostro". Mientras que la sensibilidad cognitiva y la del gozo habilitaban una manera de aprehender que tenía como eje al yo, la sensibilidad del "rostro" abre una inteligibilidad anterior y exterior al mismo. En efecto, es simplemente la corporalidad inmediata del otro, su capacidad expresiva, la que va a estructurar éticamente al yo. Así, la idea última argumenta Emmanuel Levinas cuando alude al sentido y la significación del "rostro" es la de un compromiso ético anterior a toda etnia, cultura, identidad, ideología, etc."*[196].

---

[194] Levinas Emmanuel, ***Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad***, sexta edición, Ediciones Sígueme Salamanca, España, 2002, p. 207.
[195] Ob. Cit., Navarro Olivia, El "rostro" del otro: Una lectura de la ética…, p. 180, 181.
[196] Idem. p. 183.

Con relación al cara-a-cara, en lo que aquí interesa, Navarro explica:

> *"La "sensibilidad del rostro" entreteje una relación que enfrenta a dos personas sin mediación externa, exceptuando la lingüística que, por así decirlo, les posee. Así, para aludir a ella Emmanuel Levinas se sirve de la expresión "cara-a-cara" […] si el rostro es el origen de todo sentido y discurso, ahora debemos añadir que este sentido y discurso es la responsabilidad que suscita el otro de cara al yo. Finalmente, del "cara-a-cara" se deriva una responsabilidad al margen de la autonomía del sujeto, un compromiso ético anterior a la decisión y acción del sujeto."*[197]**.**

Cuando se trata, por una parte, de administrar y, por otra, de defender la cosa pública y la cosa común, la *responsabilidad* transciende la identidad propia de las personas. Si, como sostiene Álvaro García Linera, los recursos naturales, el gas, el petróleo, el agua, el aire, los ríos, los cerros, el territorio, la tierra, los símbolos, las ideas, la historia común, los sueños compartidos, las derrotas, las certidumbres, las luchas colectivas acumuladas, los valores cívicos, los derechos, son el conjunto de bienes comunes materiales y simbólicos de una nación, que permiten cohesionas a la comunidad bajo un sentido de pertenencia y destino compartido[198]; no existe inconveniente en ratificar que la *responsabilidad* en la administración de la cosa pública y la cosa común no está mediada por factores tales como el *conocimiento* y *sentido* de las normas jurídicas dominantes, por el *sentido* de *pertenencia* a una concreta nación y pueblo indígena originario campesino, por el *contexto* en el que las personas actúan y tampoco por el tipo del *significado lingüístico*. Para nosotros, la libertad establecida en el artículo 14.IV de la Constitución Política del Estado, es una libertad determinada por la responsabilidad frente al "Otro" y no por el ámbito de libertad fijada por las normas jurídicas. De ahí que los hechos delictivos cometidos por los administradores del FONDIOC no puedan ser justificados por el desconocimiento de las normas jurídicas o se tome la pertenencia a una determinada nación y pueblo indígena originario campesino como determinante de los hechos delictivos y por ello se justifique la responsabilidad. Es cierto que

---

[197] Idem. p. 184.
[198] García Linera Álvaro, ***Identidad Boliviana: Nación, mestizaje y plurinacionalidad***, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional, La Paz – Bolivia, 2014, p.26

el tipo penal cumple con la función de garantizar las libertades frente al poder punitivo del Estado, pero, precisamente, el contenido del tipo penal tiene como su primera referencia la responsabilidad que asumen las personas entre sí, es decir, los compromisos éticos son anteriores a las decisiones y a las acciones de las personas, o dicho de otro modo, las decisiones y las acciones no tienen como punto de partida el tipo penal. Para ejemplificar tomemos el caso de las ovejas llamadas *Caras Negras*, ampliamente difundido por los medios de comunicación, especialmente por la red de noticias Erbol.

La Confederación Nacional de Mujeres Campesinas, Indígenas, Originarias de Bolivia, "Bartolina Sisa", solicitó al Fondo de Desarrollo para los Pueblos Indígenas Originarios y Comunidades Campesinas, financiamiento para el proyecto de Mejoramiento de Ovinos que, supuestamente, debía beneficiar a comunidades del municipio de Patacamaya, provincia Aroma del Departamento de La Paz. El proyecto consistía, según Erbol, en comprar ovejas *Caras Negras* y así los comunarios puedan mejorar la producción de ovinos, porque estas ovejas son de mejor raza y de adaptación a cualquier clima. El Fondo desembolsó los recursos económicos y, supuestamente, se compraron las ovejas *Caras Negras* importadas del Perú, cada una al costo de 1.200 bolivianos. Resulta que las ovejas *Caras Negras* no eran peruanas y habían sido compradas en Lahuachaca por 500 bolivianos y no por 1.200, no se adaptaban al clima de la zona y finalmente enfermaron. Los beneficiarios tuvieron que vender las ovejas en un mercado de la zona por un precio menor e inclusive al mismo proveedor. Si, así es, el mismo proveedor terminó comprando en menor precio aquello que había vendido en 1.200 bolivianos. Qué es esto: malversación, estafa, beneficio en razón del cargo, conducta antieconómica, enriquecimiento ilícito, una inocentada a la comunidad, etc., qué es eso. Y las personas que conforman la organización "Bartolina Sisa" y que debían realizar dicho proyecto conocían o conocen los tipos penales. No, no nos preocupemos por responder a estas preguntas.

Los hechos obligan a responder si los que manejaron el proyecto de las ovejas fueron responsables con los miembros de las comunidades del municipio de Patacamaya, es decir, si fueron responsables con el dinero de los bolivianos y con las necesidades de vida de las personas que son parte de esas comunidades. Así debe ser, porque la responsabilidad de las

decisiones y acciones no empiezan a partir del tipo penal sino de la responsabilidad frente al "Otro". Puede que las personas que manejaron abusivamente los recursos económicos que en su momento debían ser invertidos correctamente en las comunidades de Patacamaya pertenezcan o sean parte de una nación y pueblo indígena originario campesino o, por el contrario, sean parte de una comunidad occidentalizada, lo cierto es que existen principios válidos aquí y allá: *ama llulla (no seas mentiroso) y ama suwa (no seas ladrón)*, además de un valor que es universal: *responsabilidad*. Mintieron con el supuesto proyecto, mintieron al decir que eran ovejas peruanas, mintieron con el precio unitario de cada oveja, le mintieron a sus hermanos, sean estos de la comunidad o no lo sean, es decir, le mintieron al pueblo boliviano, nos robaron la esperanza de vivir bien, nos robaron un mejor futuro, se aprovecharon del poder, un poder que les impide ser capaces de pensar en términos de justicia y de admitir que el "Otro" les sobrepasa en necesidades, fueron irresponsables, y como tal, debemos hacerles responsables de la miseria que dejaron en su camino. Son quaras y michas, igual que algunos jueces y fiscales que lucran con la desgracia de la víctima y del imputado. Son quaras y michas, no por el color de su piel o por ahorradores, sino porque tienen mucho, cuentas bancarias llenas y autos de lujo, pero al mismo tiempo no tienen nada, porque todo lo que tienen lo tienen a costa del estomago vacio y de la mesa vacía de sus víctimas. De ahí que si a una de estas personas se le imputa la comisión de algún hecho previsto en un tipo penal, el juicio de reprochabilidad no debe partir de la concepción psíquico-psicológica, es decir, del conocimiento o desconocimiento del tipo penal, sino de la responsabilidad que asumieron frente a la comunidad, responsabilidad que es anterior inclusive a un acuerdo o contrato en los términos de Rosseau o Lock.

No obstante, los principios y valores antes mencionados, no deben ser interpretados o considerados según los preceptos morales de la actual sociedad llamada moderna. Así, el principio *ama suwa* no significa solo apoderarse de lo ajeno, sino poner en cuestión un elemento armónico de la comunidad, es tomar algo que la persona no ha producido para la comunidad, es decir, no ser solidario con la comunidad; el *ama llulla*, no es solo ocultar una verdad, sino que es algo cotidiano de la comunidad, por ello no se requiere jurar ante una autoridad para decir la verdad, porque el mentir significa traicionar a la comunidad; y el *ama quilla*, no es simplemente no trabajar, sino que significa no dejar de crear algo bueno para la

comunidad, es decir, pasar de las condiciones presentes a condiciones superiores para que la sociedad sea mucho más justa, equitativa, solidaria, etc., para vivir bien. Aquí se explica de mejor manera que el conocimiento del tipo penal no puede ser el punto de partida del juicio de responsabilidad, sin negar su función de referencia al poder punitivo del Estado, porque la responsabilidad no comienza en la conciencia sino en el encuentro con el *"Otro"*. Dicho de otro modo, mi relación con el Otro no puede ser de indiferencia a sus necesidades históricas, en sentido del pasado-presente-futuro. Véase que en el Derecho penal boliviano, se imputa o se adjudica responsabilidad considerando a la persona como ser lúcido y consciente, que actúa con prudencia teniendo bajo control todos los elementos de la situación concreta que se le presenta. Pero Levinas, con la categoría del "rostro del Otro" se refiere a la materialidad de las *necesidades* con las que se enfrenta el sujeto activo del delito y son estas necesidades las que determinan, en principio, la forma de la decisión y la forma del actuar. De esta manera, el actuar conforme a las necesidades de la comunidad justifican la razón y no al revés, es decir, es la otra persona la que cuestiona mi conciencia.

Al respecto, nuevamente con Levinas citado por el profesor Enrique Dussel:

> *"El deseo (désir) en tanto que relación con el mundo cuenta como distancia entre el Yo y el deseado (...) En el mundo el Otro no es ciertamente tratado como una cosa, pero no es jamás separado de las cosas (...) La relación con la desnudez es la verdadera experiencia (...) de la alteridad del Otro"*[199].

El solipsismo, el individualismo característica de una sociedad que desconoce y niega al Otro: el obrero, el indígena, la mujer, tratados siempre como objetos, recuérdese que la primera Constitución Política del Estado reconocía ciudadanía a quien sabía leer, escribir y no estaba en condición de servidumbre.

> *"El ser que se expresa se impone, precisamente llamándome desde su miseria y desnudez sin que pueda cerrar mis oídos a su llamado (...) Dejar a seres humanos sin comida es*

---

[199] Dussel Enrique, Ética de la Liberación en la Edad de la Globalización y de la Exclusión. Editorial Trotta, Madrid, 1998, p. 362

> *una falta que ninguna circunstancia atenúa; aquí no se aplica la distinción de lo voluntario e involuntario dice Rabbi Yochanan. Ante el hambre de seres humanos la responsabilidad se mide objetivamente (…) Al desvelamiento del ser en general (Heidegger), como base del conocimiento y como sentido del ser, pre-existe la relación con el ente que se expresa (el Otro); al nivel ontológico (le antecede) el nivel ético"*[200].

En base a los postulados de Lévinas, Dussel complementa afirmando que el rostro del miserable que "interpela" es posible porque soy "sensibilidad", corporalidad vulnerable *a priori,* el ser en el mundo no sólo son antecedidos una y otra vez por un a priori pre-ontológico (la sensibilidad), sino también por un a posteriori post-ontológico (la exterioridad), pero ambos como términos de una misma tensión. Ninguno de los servidores públicos que asumieron la responsabilidad de administrar los recursos económicos del Fondo Indígena de Desarrollo, pueden alegar desconocimiento del manejo y destino irresponsable de dichos recursos, porque la base del conocimiento es la relación con el "Otro", con el indígena, con sus condiciones y necesidades de posibilidad de vida. Nada de psiquismo, nada de subjetivismo.

Por ello, la *responsabilidad*, inexcusable, con el Otro, empieza en el instante del relacionamiento, Lévinas dice:

> *"El rostro del próximo (que lo encuentro en la proximidad) me significa una re-sponsabilidad irrecusable, precediendo todo consentimiento libre, todo pacto, todo contrato. Él escapa a toda representación; él es defección misma de toda fenomenalidad (…) El desvelamiento del rostro es desnudez –sin forma- abandono de sí, envejecimiento, morir; más desnudo que la desnudez: pobreza, piel desgarrada: huella del sí-mismo"*[201].

Anterior a toda decisión está la responsabilidad de asumir la posición de guardianes del Otro, de ese ser que se encuentra en estado de vulnerabilidad, de la víctima, y uno de los

[200] Idem, p. 363
[201] Idem, p. 366.

instrumentos de posibilidad para hacernos cargo de esas personas que están en estado de vulnerabilidad es el Derecho penal.

Por otra parte, existe un hecho importante que Levinas discute referente a esa persona que al nacer se enfrenta con un mundo, por así decirlo, desigual, egoísta, insolidario e injusto. Es el *Da-Sein*, de Martín Heidegger, el ser-ahí, o estár-ahí, listo para la muerte. Fredy Parra se sumerge en el pensamiento de Heidegger y de Levinas permitiéndonos una mejor comprensión de los postulados de ambos filósofos que consideramos importante para la construcción del Estado Plurinacional de Bolivia. Parra explica, siguiendo a Heidegger, que la muerte no debe concebirse en un futuro aún no alcanzado con arreglo a un tiempo que se extiende en una serie de días y noches, minutos y segundos; al contrario, a partir del "qué ser" de la existencia debe captarse el "hasta la muerte" que es el *Dasein*. Parra cita el perfil conmovedor filosófico de Heidegger:

> *"Desde que el hombre viene al mundo es ya suficientemente viejo para morir (cita que toma Heidegger de El Paisano de Bohemia). Tener que ser es tener que morir. La muerte no es una parte del tiempo, sino que el tiempo es originariamente zu sein (para ser), es decir, zu sterben (para morir). En este marco lo verdaderamente propio, la autenticidad y la totalidad (integridad) están inevitablemente vinculados. Coinciden lo total y lo propio. "La muerte es un modo de ser y a partir de ese modo de ser surge el "todavía no""*[202].

Para Heidegger la muerte, explica Parra, es un modo de ser, implica el fin del "ser-ahí", realidad que asume desde que es. La cuestión no es la de haber llegado al fin o de que llegará al fin en algún momento indeterminado, sino la de ser de tal modo que el *Dasein* es un "ser relativamente al fin". Anticipar la muerte no se debe entender como consumación o término consumador, sino como acercamiento inminente. Lo que Heidegger quiere al respecto, continúa Parra, es captar al hombre en su totalidad, a saber, en su integridad, no solo en uno de sus aspectos (y, sobre todo, no en el aspecto en el que el Dasein es la pérdida de sí mismo

[202] Parra Fredy, ***El tiempo, el otro y la muerte a través de Emmanuel Levinas***, Teología y Vida, vol. L, núm. 3,2009, pp. 565-598, p. 589

en lo cotidiano). Quiere captarlo en el aspecto en el que está en posesión de sí mismo, en el que es verdaderamente propio. Y esta posesión de sí mismo se mostrará como "existir para la muerte" o "ser hasta la muerte"[203]. En palabras de Heidegger:

> *"La muerte no debe concebirse en un futuro sin consumar, sino que, por el contrario, a partir de ese "que ser" que es también "que morir", debe concebirse inicialmente el tiempo. Si el Dasein, como tal, es siempre un "todavía no", es también siempre su final."*[204]**.**

No hay nada más que hacer, no hay posibilidad de existir sino a costa de la opresión, porque la muerte es insuperable, ya que, si te anticipas o te adelantas, no logras superarla. Lo que sí se puede hacer es anticiparse, es decir, elegir las posibilidades. Desde el objeto de nuestro estudio, podemos decir que en Bolivia se eligió continuar con la economía de tipo extractivista desarrollista en base a la explotación y comercialización de los hidrocarburos; para ello, se eligió la descripción contenida en el tipo penal del artículo 353 Bis del Código Penal, exigiendo el cumplimiento de los requisitos de ley y una autorización para ingresar a explotar recursos naturales en los territorios de una nación o pueblo indígena originario que cuente con declaración expresa de emergencia de sistemas de vida en alta vulnerabilidad. También se eligió potenciar la agroindustria cruceña. Véase también la Acción Popular, presentada por el Defensor del Pueblo, en contra del derecho a la protesta, la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción o la construcción de la carretera que atravesará el TIPNIS. Consiguientemente, con esta lógica, los pueblos indígenas originarios, la clase obrera trabajadora, entre otras van a *"tener que ser"*, es decir, van a *"tener que morir"*. Con Nietzsche, diremos: "Una vida inútil es una muerte anticipada".

Sin embargo, Levinas argumenta:

> *"En el Dasein, tal como es, falta algo, hay algo aun ausente, con una ausencia que pertenece al propio ser, y* ***esa ausencia es la muerte****. De modo que gracias a cierta relación con la muerte es cómo va a ser posible el tiempo, tiempo respecto al cual se plantea la pregunta de*

---

[203] Idem., p. 590.
[204] Idem

> *la posibilidad de la totalidad […] No cabe sino responsabilidad ante la muerte del otro; el rostro del otro me prohíbe matar, "la muerte trabaja con el rostro del Prójimo, que es la expresión del mandamiento "No mataras""*[205].

Al principio del presente acápite habíamos dicho que el preámbulo de la Constitución Política del Estado nos impone el deber a *todos los bolivianos y bolivianas a asumir el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario*. Entonces, encontramos que uno de los núcleos articuladores de la sociedad boliviana son los principios y valores plasmados en el artículo 8.I.II de la Constitución Política del Estado por ser válidos para la totalidad de *las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano*, abriéndose así la posibilidad de avanzar a condiciones superiores de vida. Asumiendo los postulados de Levinas, diremos que aún hay tiempo para construir una sociedad más justa, equitativa y solidaria para vivir bien.

[205] Idem. pp. 588, 594.

CAPÍTULO III
DIAGNÓSTICO
TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y NEOCONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA

3.1.- Introducción

Partimos del criterio de que el fundamento y límite de la intervención del poder punitivo estatal viene expresado en los artículos 1, 13.I, 22, 9, 108, 109.I.II, 110.II, 118 y 178.I.II de la Constitución Política del Estado. Esto significa al menos cuatro cosas: en primer lugar, el Estado debe garantizar el bienestar de las bolivianas y de los bolivianos respondiendo adecuadamente a las acciones que lesionan bienes jurídicos indispensables para el desarrollo social; este deber estatal surge del deber asumido por las bolivianas y los bolivianos de respetar las normas y los principios fundamentales sobre los que se sustenta el Estado boliviano; en tercer lugar, quien viola las leyes penales protectoras de bienes jurídicos individuales y colectivos indispensables para el desarrollo de la sociedad plural, debe hacerse responsable de las consecuencias de su conducta; finalmente, queda pendiente la construcción de un Sistema Jurídico Penal con base en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país, que se enmarque en el *concepto de persona*, es decir, su *dignidad* y sus *derechos fundamentales*, bajo el criterio de *racionalidad* en la intervención del poder punitivo estatal, cuyo núcleo es la consideración de víctima, la reintegración del infractor y la sensibilidad social respecto a la conducta infractora.

Si observamos los artículos 1, 2 y 115 y siguientes referentes al *marco constitucional*, diremos que un Sistema Jurídico Penal debe tener como *finalidad* y *objeto* la racionalización del poder punitivo del Estado, que se sustente principios de racionalidad: de *eficiencia* y *eficacia* y otro *valorativo* de *garantías*. Precisamente, el Derecho Penal se verá legitimado si al momento de resolver el conflicto jurídico penal tiene la suficiente fuerza para impulsar el desarrollo del Estado boliviano conforme al modelo establecido en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado. Dicho de otro modo, mientras la forma de solución del

conflicto tenga como centro, en lo posible, a la *dignidad de la persona*, el Derecho Penal estará coadyuvando al desarrollo del modelo de Estado propuesto por el constituyente. Entonces en lo que sigue analizaremos las clases de *respuesta* del Estado ante los diversos delitos, conforme a dichos principios.

3.2.- Validez material y validez formal de las normas jurídico penales

El profesor Enrique Dussel en su monumental obra *Ética de la Liberación* parte de un principio de verdad, válido y universal indiscutible: *"la vida humana"*[206] y de un principio formal moral: *la argumentación racional*, cada uno determina al otro. Veamos el primero de los principios, así sostiene categóricamente que:

> *"(...) El principio de la obligación de producir, reproducir y desarrollar la vida humana concreta de cada sujeto ético en comunidad. Este principio tiene pretensión de universalidad. Se realiza a través de las culturas y las motiva por dentro, lo mismo que a los valores o a las diversas maneras de cumplir la "vida buena", la felicidad, etc. Pero todas estas instancias no son nunca el principio universal de la vida humana. El principio las penetra a todas y las mueve a su auto-realización. Las culturas, por ejemplo, son modos particulares de vida, modos movidos por el principio universal de la vida humana de cada sujeto en comunidad, desde dentro. Toda norma, acción, microestructura, institución o eticidad cultural tienen siempre y necesariamente como contenido último algún momento de la producción, reproducción y desarrollo de la vida humana en concreto. El acto límite, que pudiera parecer que no tiene ya por contenido a la misma vida, el suicidio, de ninguna manera es una excepción. El suicida, en primer lugar, no podrá fundamentar éticamente su autonegación absoluta; no podrá tampoco sobre el suicidio fundar una acción ética posterior o un orden social, ya que se niega como sujeto de toda acción posterior. Pero aún más, si cansado, desmotivado o sufriente se "quitara la vida" la supone siempre, ya que es exactamente por haber perdido sentido su vida concreta por lo que intenta extinguirla: la vida no vivible funda la posibilidad de negar la vida: el suicidio"*[207].

---

[206] Idem, p. 91.
[207] Idem, Pp. 91, 92.

Si el principio material ético es la "vida humana", ya que sin esta nada es posible, habría que pensar si el Derecho Penal, de aquí en adelante, puede convertirse en un instrumento de posibilidad para prevenir la lesión de las condiciones materiales de vida de los bolivianos y las bolivianas, ya que el "suicida", según Dussel, no podrá sobre el suicidio fundar una acción ética posterior o un orden social, ya que se niega como sujeto de toda acción posterior; es decir, si la economía boliviana está basada en la lógica clásica, extractivista y desarrollista, por tanto beneficiosa para los citadinos porque necesitan de los hidrocarburos para poner en marcha su automóvil último modelo, el resultado es la invasión y destrucción de la tierra y territorio de los indígenas originarios. Para los primeros, el no explotar la riqueza natural es un suicidio, para los segundos, la explotación de sus tierras y territorios es un suicidio colectivo. Esta es, creo, la tensión que el artículo 170 del Proyecto de Ley quiere superar. Recuérdese la marcha por el TIPNIS y la represión de Chaparina.

Veamos ahora cómo opera este principio de verdad, valido y universal, en la corporalidad humana.

El profesor Dussel sostiene que ningún sistema basado en la selección actúa sin referencia a un valor. Parte del criterio de Geralt Edelman, para quien el cerebro, momento interno de la corporalidad humana, es un "sistema de reconocimiento por selección (selective recognitium system)" que procede en base a grupos neuronales conectados. En primer lugar, de la misma manera que el sistema inmunológico o el proceso evolutivo de las especies, el sistema nervioso cerebral actúa por selección, a partir de un criterio universal de, reproducir, desarrollar, hacer crecer la vida del sujeto humano, y esto desde el nivel vegetativo hasta el cultural o ético más heroico o sublime[208].

Con relación a este proceso de categorización, el profesor Dussel señala:

> *"Se trata, nada menos, que de "determinar", "constatar", "juzgar" la manera o el cómo lo categorizado "permite" o "se opone" a la consecución y crecimiento de la vida del*

[208] Ídem, Pp. 94, 95

> *organismo, de la corporalidad como totalidad, y de la cual el propio cerebro es sólo un aporte funcional. El cerebro humano posee este criterio como "criterio de verdad" fundamental. (...) Sino tuviera esta capacidad evaluativa moriría el individuo, y si todos lo hubieran perdido desaparecerían como especie"*[209].

Y agrega:

> *"(...) Todo esto está relacionado al fin conjunto de la corporalidad en sus diversos niveles, en referencia a la permanencia, reproducción o desarrollo de la vida del sujeto humano, si a esto agregáramos las "evaluaciones" culturales (las de un egipcio diversas a las de un griego, de un azteca a las de un español o modelo europeo, etc.), tendríamos un nuevo "sentir evaluativo general reflejo" (la conciencia moral o ética), que "monitorea" (subsume) toda la existencia no sólo en el nivel visceral de la corporalidad, sino en el nivel cultural – histórico de la misma corporalidad en un estado autoconsciente y lingüístico como actor social de los valores culturales (incorporado cerebralmente en las áreas más desarrolladas y recientes de los lóbulos corticales lingüísticos, perfectamente articulados límbico y base del cerebro, produciendo una unidad compleja de los diversos ordenes evaluativo afectivos) (...)"*[210].

Esta es una verdad científica, el cuerpo humano, en tanto sistema biológico que produce y reproduce la vida, combate todo agente nocivo que ataca la vida, por ejemplo, el virus del Covid19. Pero el cuerpo humano es también un sujeto social, está ahí, lanzado al mundo, a la realidad, es un ser continuamente evaluativo afectivo pasando de juicios constatativos, descriptivos o de hecho a juicios normativos de deber ser. Aspecto que ahora nos permite superar el concepto de *dolo* conceptualizado en el artículo 14 del actual Código Penal y construir un nuevo concepto con bases que surjan de la responsabilidad para con el "otro" que con su sola presencia cuestiona mis actos.

---

[209] Ídem, p. 96
[210] Ídem, p. 102

Aquí no debe pensarse que se está haciendo alusión a la teoría de sistemas de Luhmann, base teórica del derecho penal funcionalista de Jakbs, pues la teoría de sistemas considera al sistema social sin sujeto y la vida como simple reproducción orgánica.

Es pertinente ahora referirnos al principio material universal de la ética, el profesor Dussel lo describe de la siguiente manera:

> *"El que actúa éticamente debe (como obligación) producir, reproducir y desarrollar autorresponsablemente la vida concreta de cada sujeto humano, en una comunidad de vida, desde una "vida buena" cultural e histórica (su modo de concebir la felicidad, con una cierta referencia a los valores y a una manera fundamental de comprender el ser como deber – ser, por ello con pretensión de rectitud también), que se comparte pulsional y solidariamente teniendo como referencia ultima a toda la humanidad, es decir, es un enunciado normativo con pretensión de verdad práctica y, además, con pretensión de universalidad"*[211].

Nótese que el principio ético material, propuesto de manera inicial por el profesor Dussel, hace referencia a la *autorresponsabilidad* que tiene cada sujeto humano, no solo con su vida, sino también con la vida de todos los demás miembros de la *comunidad*, a tolerar las diversas culturas históricamente vivientes en el seno de una misma comunidad y por ello todo actuar debe tomar como referencia última a toda la humanidad. Consiguientemente, el punto de partida es la *producción, reproducción y desarrollo de la vida en comunidad*.

Veamos ahora el principio formal moral, el profesor Dussel lo expone de la siguiente manera:

> *"(…) la vida humana en su dimensión racional sabe que su vida, como comunidad de vivientes, queda asegurada con el concurso de todos. La comunicación lingüística es una dimensión esencial de la vida humana, y la argumentación racional, una nueva "astucia" de la vida. En este sentido la moral moderna ha aportado un nuevo tratado conocido sólo parcialmente con anterioridad: los procedimientos de la moral formal para obtener validez intersubjetiva o las condiciones para tener seriamente una pretensión de validez*

---

[211] Ídem, p. 140

> *o de universalidad. Si el aspecto de contenido (o material) de la ética, que queda delimitado por el criterio de la verdad práctica (universalidad intensiva), funda el principio material de la ética, el aspecto formal de la moral, en relación al criterio de validez, funda el principio procedimental de universalidad (extensivo o intersubjetivo) del consenso moral (...) la verdad práctica del contenido de la acción debe articularse adecuadamente con la validez intersubjetiva constituyendo, desde la "factibilidad" concreta, una unidad compleja en la que cada aspecto determina al otro de manera diversa y constituye lo que puede denominarse la norma, la acción, la praxis, las estructuras del sujeto éticamente "bueno". El "bien" (das Gute) tiene así, al menos, un componente "material" y otro "formal""*[212].

El profesor Dussel enseña aquí que la vida de cada sujeto humano sólo queda asegurada con el concurso de todos los miembros de la comunidad y, para que esto sea tal, se requiere de una participación simétrica de todos los afectados, posibilitando la argumentación y deliberación sobre las normas, las acciones, la praxis, estructuras, etc., sobre las que se cimentará la comunidad de sujetos humanos libres e iguales en su dignidad. Dicho de otro modo, el punto de partida es la afirmación de la vida en comunidad, participación sin violencia, el argumento y deliberación racional y el consenso sobre lo argumentado y deliberado. Véase entonces que el profesor Dussel no se refiere a un puro sentimiento ni a una pura voluntad y tampoco se refiere a virtudes. Por el contrario, se refiere a una racionalidad que afirma la vida y a un procedimiento determinado y condicionado por el principio "vida".

3.3.- Teorías legitimantes del sistema jurídico penal

Independientemente del tipo de respuesta del Estado ante una infracción penal, el Derecho Penal a diferencia de las otras ramas del saber jurídico no puede perder su carácter sancionador disuasivo en el cual subyace una finalidad. Si bien es cierto que este carácter no es absoluto y ha sido criticado por su simbolismo, no es menos cierto que la historia de la humanidad desde la venganza y la expiación nos demuestra que este tipo de respuestas

[212] Ídem, P. 167

contenían aspectos disuasivos. Sobre la materia, Zaffaroni explica que para Kant el estado debía retribuir talonialmente (ojo por ojo y diente por diente) para no quebrar el contrato social y volver al estado de naturaleza (guerra). En base a ello, el profesor Zaffaroni sostiene que es falso que la teoría de la pena de Kant sea absoluta porque no persiga ninguna finalidad, porque para Kant la ley penal no es memos defensista social que para los restantes contractualistas: la pena es un deber del estado civil, al punto de que debe imponerse siempre que se comete un delito; si se resolviese rescindir el pacto, antes de hacerlo debería imponerse la pena al último de los delincuentes, porque de lo contrario el pacto no se rescindiría, sino que se quebrantaría por incumplimiento[213]. Si a lo sostenido por Zaffaroni agregamos que pese a que el artículo 112 de la Constitución establece que *"Los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad"* y el artículo 108 también Constitucional impone el deber a todas las bolivianas y los bolivianos *"Denunciar y combatir todos los actos de corrupción"*, normas constitucionales de las cuales deriva la Ley N° 004 de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas, las Instituciones estatales son demasiado lentas y selectivas para responder contra el flagelo de la corrupción (casos del FONDIOC, Banco Unión, mochilas chinas, el desgarrador linchamiento judicial del señor José María Bakovic, el audio por el cual se devela la presión a los fiscales anticorrupción para no acusar al ex-alcalde de Cochabamba por el caso del puente, etc.) el Estado, entonces, está incumpliendo, en términos de Kant, el pacto social de lucha contra la corrupción; es decir, que pese a la firmeza formal de las normas anticorrupción vigentes en Bolivia y al pacto social de lucha contra la corrupción *para* construir una sociedad más justa, resulta que la administración de justicia penal coadyuva a la inmunidad, haciendo que la sociedad civil no crea en la institucionalidad propia del Estado de Derecho, ingresando en un peligroso retroceso del "Estado de Derecho" al "Estado de Naturaleza".

---

[213] Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Slokar, Alejandro Alagia, ***Manual de Derecho Penal. Parte General***, EDIAR, 1° ed., Buenos Aires – Argentina, 2005, p. 211.

Para Hegel el espíritu avanza a través de tres estadios y el derecho pertenece al estadio del espíritu objetivo (relación entre humanos libres), en tanto que al del espíritu absoluto pertenecen la religión, el arte, etc. Como consecuencia de este pensamiento, explica Zaffaroni, el humano que no había superado el estadio subjetivo no era libre y no podía actuar con relevancia jurídica, lo que permitía clasificar a los humanos entre quienes pertenecían a la comunidad jurídica o espiritual y quienes no formaban parte de ella[214]. En otro lugar ya dijimos que conforme a nuestra Constitución Política del Estado, en Bolivia se reconocen diferentes sistemas de vida o formas de vida. Aquí agregamos que si bien el Estado boliviano asume el carácter plurinacional y se funda en la pluralidad y el pluralismo jurídico, cultural y lingüístico, el límite es la *integridad* del Estado; en este contexto, nadie puede desconocer, sea por cuestiones de identidad cultural y otras, la vigencia y respeto de los derechos humanos fundamentales individuales, sociales, colectivos, etc. Por ello, en el Código Penal no se reconoce ningún tipo de eximente relacionado a la identidad cultural, apareciendo esta como criterio de interpretación y determinación atenuante de la sanción penal. Un buen ejemplo del principio de integridad del Estado boliviano visto desde el Derecho Penal es el caso FONDIOC, donde no es admisible desde ningún punto de vista que la justicia ordinaria penal decline competencia por cuestiones de pertenencia del imputado a un determinado pueblo o nación indígena originaria o por esta misma pertenencia se pretenda una eximente por error de prohibición invencible, como ya se dijo y fundamentó a tiempo de abordad la categoría de la culpabilidad penal.

Si a las llamadas teorías retribucionistas les agregamos los principios de *racionalidad* y *proporcionalidad*, habremos encontrado un equilibrio entre los principios de *eficiencia* y *garantías personales* en la respuesta jurídica-penal al delito. En los delitos de corrupción, según estos principios, tiene sentido que se imponga la pena privativa de libertar y además la sanción de Confiscación de los bienes producto del delito, reforzando el carácter sancionador-disuasorio que tiene el Derecho Penal, entendido como respuesta pronta y

[214] Idem., p. 225.

oportuna del Estado a la infracción penal conforme a la gravedad y lesividad social de la misma respetando las garantías y derechos inherentes al ser persona. Tiene sentido también que ante una infracción penal de contenido patrimonial la sanción adecuada sea la Reparación Económica, pero si en la sombra de esta sanción no se encuentra la amenaza de privación de libertad, parece también que dicha sanción puede ser fácilmente burlada, es decir, por ausencia del aspecto disuasivo que se traduce en la inminente privación de libertad en caso de no cumplirse con la sanción de Reparación Económica.

De la teoría del constreñimiento psicológico de la pena elaborada por Anselm Feuerbach nos interesan al menos tres aspectos. Según Sergio Moccia, Feuerbach elaboró una concepción general preventiva de la pena asignándole la función de detener, mediante la amenaza, antes de la comisión del delito, y la inflexible aplicación luego, a la generalidad de los consocios para que no cometieran delitos. Vinculaba el objetivo de la pena inmediatamente con el objetivo del Estado, es decir, la defensa de la liberad individual. El más eficaz entre los obstáculos de tipo psicológico es, para Feuerbach, la amenaza de un castigo por cada ofensa[215]. Por otra parte, al distinguir la pena moral de la pena civil, Feuerbach sostuvo que para la pena moral, el fundamento de la aplicación del mal reside en la infracción de la ley del deber, en la inmoralidad de la intención, donde la pena jurídica debe tener como referencia la simple acción externa y la conformidad de esta última no con los postulados de la moral sino con aquellos de la ley jurídica que, como sabemos, requiere sólo que no se viole la libertad externa; y ello porque "el Estado es un juez de derecho (…) que debe tratar de asegurar únicamente el orden jurídico"[216]. El tercer aspecto que debemos tomar en cuenta es el carácter utilitarista que Feuerbach le asigna a la pena; Moccia explica que ese carácter se explica porque la acción delictiva está determinada por motivos que constituyen los objetivos de la voluntad y tienden a satisfacer intereses del sujeto agente; el delito entonces, constituye un medio para procurar un placer a quien lo comete. Según esta concepción, es necesario que

[215] Moccia Sergio, El Derecho Penal entre Ser y Valor. Función de la pena y sistemática teleológica, Ed. B de F, Montevideo – Uruguay, 2003, p. 41 y ss.
[216] Idem.

a la representación del placer relacionado con la conducta delictiva se contraponga la representación de un dolor, delineado en la ley como consecuencia segura e inderogable de la conducta misma y de intensidad superior al eventual placer derivado de la comisión del delito[217].

Las consecuencias de la concepción preventiva general utilitaria de Feuerbach, independientemente, reiteramos, de que permanezca la discusión si es real la coacción psicológica o no, radica en que el supuesto de hecho delictivo y la consecuencia deben estar *taxativamente* previstas en la ley, principio recogido en el artículo 116.II de la Constitución Política del Estado y que vincula al juez con el texto de la ley. Pero más allá de este principio duro y no sujeto, bajo ninguna circunstancia, a ponderación, debemos preguntarnos cómo funciona en un contexto *Plurinacional*, es decir, como son percibidas, tratadas y resueltas concretas relaciones prácticas que se producen al interior de una Nación que reconoce la existencia de varias naciones.

Recordemos que Álvaro García Linera, a diferencia de los ideólogos del nacionalismo revolucionario del "52", concibe al Estado Plurinacional como la posibilidad de articulación orgánica entre nación boliviana, naciones indígenas, patria, territorio y Estado. En este sentido, define la Nación como la comunidad en la que sus componentes se reconocen por adelantado en una institucionalidad a la que reconocen como propia y, dentro de la cual, integran sus luchas sociales, sus competencias y mentalidades. Si esto es así, es decir, si de lo que se trata es de consolidar la unidad del Estado en un proceso permanente de integración social *para* construir una sociedad justa y armoniosa con plena justicia social, garantizando además la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, por una parte; por otra parte, si el concepto de Nación se aleja del paternalismo de Franz Tamayo y aceptamos que los sujetos de la transformación social radica en la acción política de los movimientos indígenas, campesinos y demás organizaciones

[217] Idem., pp. 42 y 43.

sociales, nos parece coherente que a este marco conceptual del Estado Plurinacional se acompañen acciones de hecho.

Para emprender las acciones de hecho, el administrador de justicia penal debería tomar en cuenta al menos cuatro aspectos: en primer lugar, para mantener la unidad del Estado y hacer viable los postulados del Estado Plurinacional, a tiempo de resolver un caso concreto se debe observar que existen principios normativos validos universalmente que atraviesan la totalidad del Estado Plurinacional sin que estos puedan ser derogables por criterios particularistas. Esto no significa negar la existencia de pueblos con culturas auténticas. Por el contrario, lo que se quiere decir es que si la totalidad de los bolivianos y las bolivianas, las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas no respetan la vigencia de ciertas normas jurídicas validas universalmente no podremos hablar de Estado Plurinacional y nos sumergiremos en esencialismos propios del Estado Republicano que se quieren superar. El segundo aspecto que se debe tomar en cuenta es que a tiempo de realizar el juicio de reprochabilidad y al momento de determinar la sanción penal, a partir de la vigencia de la actual Constitución Política del Estado, no pueden tener lugar sobre el delincuente consideraciones de personalidad patológica o razones relacionadas al medio ambiente, salvo excepciones extremas, pues la persona delincuente y la persona no delincuente en nada se diferencian, tampoco existe diferencia entre la persona perteneciente a un pueblo indígena originario y una persona que vive en la ciudad de La Paz, salvo concepciones culturales tolerables universalmente. En tercer lugar, y por lo dicho, a la hora de interpretar un hecho sí deben ingresar consideraciones de orden cultural-valorativo, aspecto que repercutirá en el juicio de reprochabilidad y en la determinación de la sanción penal, pero no como eximente de responsabilidad, salvo excepciones extremas. Finalmente, el administrador de justicia penal debe asumir su rol de agente de transformación social, tal como lo exige la Constitución Política del Estado. Aquí parece necesario un ejemplo: considérese las tramas de corrupción ocurridas en el FONDIOC, Banco Unión y adquisición de las mochilas chinas; ahora preguntémonos cuál la diferencia entre las personas que supuestamente cometieron estos actos de corrupción y cuál la valoración cultural de dichos actos y qué tipo de principios normativos ingresan en consideración y por qué. Pues bien, las personas que supuestamente cometieron los hechos de corrupción en el FONDIOC, son

dirigentes de comunidades indígenas, por esta condición con seguridad que comparten valores específicos que viven y se desarrollan al interior de sus comunidades, en el caso del Banco Unión y adquisición de las mochilas chinas, los supuestos autores son personas con bastante formación técnica sobre las actividades que les tocó desempeñar; sin embargo, estas diferencias no son esenciales porque no tienen la fuerza para alterar sus voluntades de actuar conforme a las exigencias normativas del Estado Plurinacional, pues existen principios válidos para los miembros de las comunidades indígenas y para las bolivianas y los bolivianos que consiste en: el deber de no robar (*ama suwa*), el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, el deber de combatir y denunciar todo acto de corrupción, etc. Consiguientemente, siguiendo los postulados de Feuerbach, diremos que dichas supuestas conductas corruptas están determinadas por motivos que constituyen los objetivos de sus voluntades y tienden a satisfacer sus intereses mezquinos y codiciosos, son sus pasiones las que determinan sus virtudes, son los recursos públicos un medio para satisfacer sus placeres. Esto es lo que les hace iguales ante la ley y no diferentes. Dicho de otro modo, esto es lo que informa la razón. Puesto que estos actos corruptos están previstos expresamente en la ley penal porque son violatorios de los derechos humanos fundamentales de los consocios de la comunidad política, ellos deben hacerse responsables y el Estado debe responder enérgicamente, pues los principios de unidad e integridad del Estado, la paz social, la distribución y redistribución de los productos y bienes sociales *para* vivir bien, están en peligro. Si no se responde de manera *efectiva* a estas conductas el Estado ingresa en un proceso de desinstitucionalización y de ahí existe un pequeño espacio al Estado anómico. Lo dicho no significa que el Estado Plurinacional sea un Estado ideal donde la acción delictiva esté determinada solo por las pasiones sensibles y egoístas de la persona, tal como veremos en las líneas que siguen.

Por otra parte, partiendo de presupuestos iusnaturalistas, Karl von Grolman construye su visión *preventiva especial* de la sanción penal. Moccia explica que para Grolman la preexistencia de derechos derivados del pacto social concede a cada ser humano el derecho de defensa contra los atentados a la libertad derivados de actividades delictivas. Ese derecho de defensa general se articula en el derecho de legítima defensa, derecho de resarcimiento del daño y en el derecho de impedir la ofensa amenazada. En efecto, el hombre tiene un

derecho de coerción para el mantenimiento de su situación jurídicamente apreciada y, por lo tanto, también tiene un derecho a los medios necesarios para ese fin, el derecho de prevención está estrechamente vinculado con la amenaza de una ofensa injusta; para Grolman, explica Moccia, esa amenaza asume su forma más evidente en el delito ya cometido, en cuanto el delincuente, con su delito, ha demostrado ser un individuo no razonable, porque adopta como máxima de sus acciones la satisfacción de sus exigencias personales de orden sensible, en lugar del respeto del derecho ajeno, por lo cual resulta sumamente probable, respecto de lo posible del ser humano en general, la reiteración de acciones delictivas por parte suya, siendo por tanto lícito influir en el delincuente de tal manera que se lo induzca a no llevar a cabo su amenaza eliminando, a través de la pena, el estímulo que provoca el delito[218].

El derecho de punición es exclusivamente del Estado quien, para Grolman, deberá uniformarlo a los siguientes criterios: la aplicación de una pena sólo deberá cumplirse en los casos de absoluta imposibilidad de otra medida que incida menos sobre la libertad individual y como consecuencia de hechos cometidos culpablemente (principios de subsidiaridad y culpabilidad); se debe asegurar la conformidad de la pena a su fin preventivo, es decir, evitar las crueldades inútiles (principio de dignidad personal); razonable proporción entre la intensidad de la amenaza y la medida de la pena (principio de proporcionalidad). Finalmente, en la concepción de Grolman, siguiendo siempre la explicación de Moccia, encontramos claramente diferenciada la figura del juez de la conciencia, de la del juez estatal, al que le está reservado simplemente la investigación de la legalidad o no de una conducta, en referencia a las disposiciones de una ley jurídica como único criterio de imputación de culpabilidad de un hecho delictivo[219].

Los criterios expuestos por Grolman nos acercan al criterio preventivo especial de Franz Von Liszt, para quien la prevención especial se podía llevar a cabo de tres formas: asegurando a la generalidad frente al autor penal mediante su encierro; intimidando al autor mediante la

[218] Idem., p. 46.
[219] Idem., p. 47 y ss.

pena para la no comisión de otros hechos punibles y; mediante su mejoramiento, protegiéndolo de la reincidencia. Para ello proponía un tratamiento diferente según sea el autor; es decir: la *inocuización* del delincuente consuetudinario, que no puede ser intimidado ni tratado; la *intimidación* del autor meramente ocasional y; el *mejoramiento* de los susceptibles de mejoramiento. Convine también precisar que el aspecto de mejoramiento es el que hasta nuestros días se sostiene, ya que la prevención especial se identifica con la ideología resocializadora, reeducadora y de reinserción social del delincuente.

3.4.- Base filosófica del sistema de sanciones penales

A tiempo de analizar el tipo penal decíamos que en *La República* de Platón se sostiene que el alma está dividida en tres partes: una que desea, otra que razona y la parte compuesta por la espiritualidad o el ánimo. La persona, según la división tripartita, tiene la capacidad de dar valor a las cosas u objetos que nos rodean y también a las acciones, pero sobre todo se valora a sí misma y valora a las demás personas. A esta última parte Hegel la llamó *"reconocimiento"*. En consecuencia, Para Hegel el *reconocimiento* consistía en la *lucha* de los hombres por la satisfacción de sus deseos, es decir, por el reconocimiento de sus derechos por parte del Estado universal y homogéneo. Dicho de otro modo, *Valor a sí mismos, deseo-satisfacción-insatisfacción* y *razón*, son las fuerzas que movilizan y transforman las sociedades. Al respecto, habíamos dicho también que Nietzsche no aceptaba limitación moral alguna, pues los logros de la humanidad no son nada ya que el hombre siempre estará dispuesto a la creación de algo más *elevado* y la supuesta satisfacción de los deseos, si es que pueden ser satisfechos, le quita dignidad al hombre, es decir que si el hombre deja de *transformar los valores* se sumerge en una vida inútil. En el contexto de desarrollo del Estado Plurinacional, podemos decir que una vez conquistado el poder político, discutido, definido y establecido el nuevo pacto social (reconocimiento formal, en la Constitución Política del Estado, de aquello por lo que se ha luchado), queda la lucha por el ejercicio pleno de los derechos conquistados, es decir, por el bienestar social, en nuestro caso por el *Vivir Bien*, *a través* de la generación de riqueza, de la distribución y redistribución de la misma, pues el fin último es mejorar las condiciones de vida de todas las personas. En esta fase se requiere que la *base material* goce de protección penal, pues sin lugar a dudas influye en la vida social

e individual. Veamos este último aspecto, es decir, la distribución y redistribución de los productos y bienes sociales y su protección penal.

Retomemos, como ejemplo, los casos de corrupción. Pensemos en el caso de las mochilas chinas, en ese proceso de contratación de bienes y servicios donde aparentemente existe sobreprecio en la adquisición de dichas mochilas. No escapa a nuestra percepción que los supuestos autores lograron el pleno reconocimiento de sus derechos y la satisfacción de sus deseos a través del pleno ejercicio de dichos derechos. Dicho de otro modo, el ejercicio pleno de la *dignidad humana* está en sus manos, en su voluntad. Ellos, a diferencia de otros, viven en la *comunidad política ideal* porque no existe factor que les impida desarrollarse como personas. En esta comunidad política de privilegios la única explicación que queda para su acción delictiva, en términos de Grolman, es la satisfacción de sus deseos personales egoístas, y en términos de Kraus su acción delictiva no sería algo más que una pura corrupción de la voluntad.

Desde una concepción retributiva, el corrupto no requiere que nos preocupemos por su educación, su habilitación e inserción social. El corrupto es una persona con plena capacidad de administrar su ámbito de libertad y habilitada civilmente para administrar el producto de la cosa pública, por lo que el juez al individualizar la sanción penal a ser aplicada debe despreocuparse de dichas finalidades y solo tener en cuenta su culpabilidad. Sin embargo, el acto corrupto no solo depende de la posibilidad de administrar la libertad personal, sino también de aspectos externos que determinan el actuar.

En el sentido señalado véase el siguiente cuadro normativo:

> La Constitución Política del Estado establece:
>
> Artículo 118.III "El cumplimiento de las sanciones privativas de libertar y las medidas de seguridad están *orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto a sus derechos*".

Véase que el marco constitucional hace referencia a la dignidad personal, aspecto que nos remite nuevamente al principio de culpabilidad que opera como presupuesto, límite y

magnitud de la pena; por tanto, es en torno a este principio que deben operar los principios de *humanidad, proporcionalidad y personalidad de la pena*, que privilegie la reparación integral del daño causado a la víctima, la reconciliación entre las partes *basada* en el reconocimiento de la responsabilidad de la persona imputada y la recomposición de las relaciones dentro de la comunidad afectada. Pero, sin descuidar la naturaleza de la acción y la naturaleza del bien jurídico tutelado.

En este sentido, es importante señalara que, desde nuestro punto de vista, todo proceso conciliatorio, no se basa en la autonomía de la voluntad, sino en la coerción estructural determinante de la voluntad personal. Del mismo modo, la naturaleza de la acción y la naturaleza del bien jurídico tutelado penal y los sistemas de solución alternativa al conflicto, crea, desde ya, un conflicto con la culpabilidad en tanto categoría graduable de la conducta y la lesión que esta produzca. En otros términos, los principios retributivo y utilitario de la sanción penal están determinados por principios regulativos cuyos contenidos solo pueden estar en manos del juez a la hora de analizar el caso concreto.

De tal manera que, antes de analizar el sistema de sanciones, el principio de culpabilidad y los principios regulativos en la determinación de la sanción penal que aparecen normativamente señalados en el Código Penal, conviene que nos detengamos, por un momento, en algunos puntos críticos expuestos por Zaffaroni, Alagia y Slokar sobre los más importantes grupos de modelos legitimantes del poder punitivo, como también en la *teoría de la integración* sostenida por Claus Roxin.

Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que no existen nuevos discursos legitimantes del poder punitivo sino nuevas combinaciones y formulaciones de los tradicionales y que ahora no se formulan en sus formas puras u originarias sino en construcciones eclécticas que los yuxtaponen, o bien los presentan bajo nuevas formas enunciativas. Por otra parte, de su visión conjunta resulta su marcada disparidad, que nunca es de detalle sino de fundamento mismo, por lo cual da lugar a construcciones por completo diferentes e incompatibles. Esto evidencia, sostienen, escaza solidez fundamentadora y crisis permanente en el discurso que, en la práctica, se traduce en una pluralidad de discursos legitimantes que permiten racionalizar

cualquier decisión con sólo hallar el discurso apropiado entre los que se ofrecen. Un derecho penal elaborado dogmáticamente, pero que concluye en una práctica *tópica* (porque permite que el operador elija primero la decisión y luego busque el fundamento), exhibe el incumplimiento de la promesa dogmática de previsibilidad. Del mismo modo, los profesores señalados, sostienen que las asignaciones de funciones manifiestas a la pena son variables de la general función de *defensa social*. Incluso, dicen, las construcciones que renuncian a todo contenido empírico o pragmático (las llamadas *teorías absolutas*), también en forma indirecta apelan a la defensa social y que ni Kant pudo evitar que su concepto de pena estuviese impuesto por la necesidad de conservar un estado ético en el ser humano. Consiguientemente, las funciones manifiestas asignadas a la pena darían como resultado la confiscación del conflicto a la víctima porque lo que pretenden defender es un ente que no consiste en los derechos de la víctima concreta, sino que pertenecen a la sociedad; por tanto, en las versiones legitimantes de un poder punitivo más limitado suele hablarse de *seguridad jurídica* en lugar de sociedad, lo que remite a una concepción no organicista de la sociedad[220].

Bajo la aguda crítica a los discursos legitimantes del poder punitivo, nos parece pertinente remitirnos al contenido del artículo 25 del Código Penal vigente en Bolivia e intentar resolver un caso concreto en base al precepto. Veamos.

El artículo 25 del Código Penal dispone que: *"La sanción comprende las penas y las medidas de seguridad. Tiene como fines la enmienda y readaptación social del delincuente, así como el cumplimiento de las funciones preventivas en general y especial"*. Véase la variedad de funciones y la funcionalidad que el legislador le ha asignado a la pena. Ahora tomemos como ejemplo algunos casos sobre Uso Indebido de Bienes y Servicios Públicos, tipificado en el artículo 26 de la Ley N° 004, de Lucha contra la Corrupción: el caso de la "borrachera" en los ambientes de la Asamblea Departamental de Chuquisaca, se trató de un grupo de funcionarios públicos que consumieron bebidas alcohólicas hasta embriagarse, uno de ellos fue hallado culpable y sentenciado, la razón de la sentencia radica en que consumir bebidas

[220] Ob. Cit. Zaffaroni, Alagia, Slokar, ***Derecho Penal Parte General***, p. 56.

alcohólicas en un ambiente público ofende la moral[221]; también se tiene la imputación al ex contralor Departamental de Chuquisaca, el hecho de parquear su vehículo en el garaje de la institución donde trabajaba le costó la detención preventiva; un tercer caso que ha sido denunciado consiste en la supuesta celebración del cumpleaños del Fiscal General del Estado en los ambientes del Ministerio Público, según videos que circulan en las redes sociales y fotografías publicadas en los medios de comunicación impresos y digitales, la celebración habría incluido un grupo musical y algunas botellas de vino. Sobre este caso, el diputado por el Movimiento al Socialismo (MAS), Elmer Callejas, dijo: "hacer un brindis no está penalizado y en ese contexto se debería conocer qué tiempo duró la fiesta, en qué horario se realizó, quiénes organizaron y no responsabilizar directamente a la cabeza del Ministerio Público porque generalmente los funcionarios realizan los cumpleaños". Desde el punto de vista de la *teoría de la retribución* entendida como límite y medida de la pena, nos preguntemos qué es lo que debemos retribuir: el *acto* de brindar, de emborracharse, o de parquear el vehículo; la *lesión* que produce un brindis, el brindis hasta embriagarse o la de parquear el vehículo; estos juicios se miden por el grado alcohólico en la sangre, por la cantidad de botellas de vino o porque la fiesta fue organizada por los compañeros de trabajo. Desde el punto de vista de la prevención especial, nos preguntemos quién merece ser resocializado, reeducado o readaptado: el que con una sola copa de vino procede solo a brindar por un cumpleaños, el que se embriaga o el que parquea su vehículo. Y desde el punto de vista de la *prevención general*, preguntémonos si la pena impuesta a una persona que se embriaga o solo brinda, realmente tiene efecto disuasivo-intimidatorio sobre aquellas personas que aún no consumieron bebidas alcohólicas en una institución pública, para que en el futuro se sigan absteniendo de este tipo de conductas. Tal parece que nada de lo postulado por el artículo 25 del Código Penal resulta ser cierto, pues la sanción impuesta a uno de los asambleístas departamentales, ni la detención preventiva impuesta al ex contralor Departamental de Chuquisaca, ha sido lo suficientemente disuasivo, ni siquiera para los propios funcionarios del Ministerio Público, siempre que los supuestos hechos que se

[221] Para más detalles sobre el caso véase mi libro *"**Punitivismo en Bolivia**"*, 2014, Sucre, Bolivia, pp. 17 a 50

denuncian resulten ser ciertos. Véase, entonces, que la crítica de Zaffaroni, Alagia y Slokar cobra fuerza al comprobarse que en el caso de la sentencia del asambleísta Departamental de Chuquisaca, el Ministerio Público toma la *decisión* de investigar el hecho, solicitar su procesamiento y requerir la imposición de una condena, para que en última instancia el juez también tome la *decisión* de sentenciarlo, y después, a la hora de fundamentar la sentencia, forzar el *fundamento* en un supuesto atentado a la *moral pública*. Dicho de otro modo, la sentencia en contra del asambleísta no refleja ninguna de las funciones o fines que el Código Penal le asigna a la pena. En palabras de los profesores nombrados, la *práctica* del Derecho Penal, en este tipo de casos, *exhibe el incumplimiento de la promesa dogmática de previsibilidad*. Y esto por el carácter ecléctico contenido en el artículo 25 del Código Penal, permitiendo inclusive estirar los fundamentos a un grosero atentado a la moral pública.

Por otra parte, con el resurgimiento del *retribucionismo* o *neoretribucionismo* e independientemente de los varios puntos de argumentación que se tienen al respecto, es importante señalar que para Zaffaroni, Alagia y Slokar la constante referencia a la retribución es indicativa de que en ella se busca algo semejante a un *principio regulativo*, y que pareciera ser, en definitiva, que esto es lo rescatable del concepto: *si con la criminalización primaria el estado confisca un conflicto, su intervención –por excluir a la víctima y por ser de altísima selectividad y de gran violencia- no puede presentarse como racional, pero su irracionalidad reconoce grados y llegaría al límite intolerable cuando no equivalga (o no guarde cierta relación) con la magnitud de la lesión que el conflicto provoque, pues en ese caso el conflicto no sería más que el pretexto para que el poder opere en la medida de su voluntad omnímoda.* En otras palabras, argumentan los profesores de la Universidad de Buenos Aires: al resultado rescatable de la supuesta retribución entendida como *principio regulativo*, es preferible llamarlo *principio de mínima proporcionalidad de la intervención punitiva*, considerándolo uno de los límites que debe observar el ejercicio del poder punitivo, y que *no se deriva de*

ninguna naturaleza ni función retributiva de la pena, sino de la necesidad de contener la irracionalidad del poder[222].

El *retribucionismo* que, según lo visto, ya no sería una teoría de la pena en sentido estricto, sino un *principio regulativo* que Zaffaroni, Alagia y Slokar prefieren llamarlo *principio de mínima proporcionalidad de la intervención punitiva*; Claus Roxin, manteniendo el concepto de culpabilidad como *principio limitador* y desde un punto de vista preventivo especial de la pena, aborda la problemática en base a su *teoría de la integración*. Por lo que corresponde explorar la misma en lo que a nuestro tema importa.

Roxin parte de la tesis de que el concepto de culpabilidad como fundamento de la retribución es insuficiente y debe ser abandonado, pero el concepto de culpabilidad como principio limitador de la pena debe seguir manteniéndose y puede fundamentarse también teóricamente en esta segunda función. En otros términos, Roxin explica que el injusto (tipo y antijuridicidad) decide sobre el problema de si a la luz del Derecho Penal una conducta es o no es "ajustada a las reglas"; en cambio, la categoría de la responsabilidad responde desde puntos de vista político-criminales a la cuestión de la necesidad jurídico-penal de sancionar en el caso concreto. El legislador –al igual que el juez que interpreta su voluntad- sólo puede deducir esa respuesta de los postulados de la teoría del fin de la pena, pues desde el punto de vista de una teoría racional de la imposición de la pena no puede haber otra base distinta para la decisión. El grado de la responsabilidad es, por tanto, según Roxin, el ámbito en el que la política criminal referida al autor penetra directamente en la dogmática del Derecho Penal[223].

Uno de los varios ejemplos que nos ofrece Roxin está situado en los casos de estado de necesidad disculpante. Si alguien realiza un tipo de injusto para salvar a una persona allegada, desde el punto de vista indeterminista habrá que afirmar que hay posibilidad de actuar de otro modo, y en ese sentido, por tanto, que también hay culpabilidad. Pero, sostiene Roxin, a pesar

---

[222] Idem. pp. 72, 73.
[223] Roxin Claus, ***Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal***, traducción de Francisco Muños Conde, REUS S.A., Madrid – España, 1981, pp. 43, 70 y ss.

de ello, el legislador deja impune al autor por consideraciones político-criminales sobre el fin de la pena: a los efectos de prevención especial es innecesaria una sanción porque el autor está totalmente integrado socialmente y sólo la extraordinaria situación le ha llevado a realizar esa acción que también presenta una disminución esencial del injusto a causa del resultado salvador; y las razones de prevención general tampoco exigen una pena porque las infrecuencias de tales situaciones, que la mayoría de las veces no admiten comparación en el caso concreto, hace que resulte superfluo sancionar en atención a la generalidad la desviación de la conducta regular deseada, y porque sencillamente sería difícil que, si alguna vez el hombre medio no preparado para la "actuación en peligro" se viera dentro de una situación así, reflexionaría sobre la norma y se pudiera motivar por ella[224]. Estos argumentos, aclara Roxin, no tendrán el mismo peso argumental cuando el autor se encuentre en una situación especial y por ello obligado a actuar, exigencia que se basa en el normal funcionamiento del sistema, por ejemplo bomberos, policías, etc. Consiguientemente, Roxin llega a la conclusión de que la idea de la culpabilidad no cobra en absoluto su genuina importancia práctica en la exclusión de la responsabilidad, que siempre se puede explicar (e incluso mejor) por la falta de necesidad de prevención, sino sólo en el marco de la teoría de la medición de la pena, situada más allá del sistema del delito y en la que la medida de la culpabilidad pone un límite a las necesidades preventivas de imponer una sanción[225].

Con relación a la determinación de la pena, Roxin, en base a la *teoría del margen de libertad* y conforme a los *fines preventivos de la pena*, sostiene que la pena definitiva a imponer, dentro del marco de la culpabilidad, debe satisfacer solamente las exigencias preventivo-especiales, ya que la pena adecuada a la culpabilidad, incluso la impuesta en su grado mínimo, cubre las necesidades de la prevención general entendida como prevención integradora socialmente, y tampoco la ley prevé –refiriéndose al artículo 46, 1 sec. 2) del Código Penal alemán- una prevención intimidatoria general que permita ir más lejos. Igualmente, argumenta que por razones político-criminales debe rechazarse una agravación

[224] Idem. p. 73.
[225] Idem. p. 77.

de la pena motivada por razones preventivas intimidatorias. Con relación a los efectos de la pena privativa de libertad en la vida futura del reo en sociedad, Roxin es del criterio de que el juez puede imponer una pena inferior a la correspondiente a la culpabilidad para evitar la desocialización implícita en toda pena privativa de libertar de larga duración, siempre que la defensa del ordenamiento jurídico (criterio de prevención general) así lo permita. Con relación a este ultimo criterio, argumenta que sólo cuando la imposición de una pena inferior a la que corresponda por el grado de culpabilidad "aparezca simplemente como incomprensible para la sensibilidad jurídica general", cede la prevención especial a favor de la "defensa del ordenamiento jurídico"[226].

Véase que en la determinación de la pena, los criterios preventivos general y especial adquieren la forma de *ponderación judicial* y giran alrededor del *grado de culpabilidad*. Al respecto, Mary Beloff sostiene que lo que interesa es reunir todos los fines de la pena en una relación equilibrada (método dialéctico), aunque, en caso de antinomias, haya que inclinarse por uno u otro principio[227].

El profesor Günther Jakobs, crítico de las teorías de la unión, sostiene que la culpabilidad sólo puede limitar aquello que se adecua a su concepto, y, por consiguiente, no puede limitar la educación, la intimidación o elementos similares. En otros términos, dice Jakobs, si se toma en serio la idea de la limitación a través de la culpabilidad, ello significa que debe tratarse al autor como responsable, no como objeto, de modo que cualquier reacción preventiva debe limitarse a cero. Por otra parte, también sostiene que sería un error partir de la base de que la retribución de la culpabilidad abre un marco para un tratamiento preventivo-especial, para ello basta con mirar las estadísticas para darnos cuenta de que no existe una relación positiva entre la pena de las características que son habituales y algún tipo de efecto preventivo-especial, prescindiendo del mero efecto de aseguramiento respecto de aquel que está encerrado en la cárcel. Parece evidente que lo que sucede de modo cotidiano como pena

---

[226] Idem. pp. 103 y ss.
[227] Beloff Mary, "Teorías de la Pena: la justificación imposible", en AA.VV.: ***Determinación Judicial de la Pena***, EDIGRAF S.A., Buenos Aires – Argentina, 1993, p. 61.

no es una prevención especial limitada por la retribución de culpabilidad, afirma Jakobs. La incompatibilidad señalada, se explica también según la relación entre retribución de la culpabilidad y prevención general; al respecto, sostiene que lo que habría que prevenir sería la génesis de una motivación para cometer el hecho, y ello de acuerdo con la medida de la intensidad de la motivación. Sin embargo, la retribución de la culpabilidad se refiere al hecho en cuanto perturbación social. Por ejemplo, una calumnia pronunciada por ligereza podría prevenirse mediante una pequeña pena pecuniaria, mientras que el mismo hecho, cometido por un profundo odio, sólo podría ser prevenido mediante una larga pena privativa de libertad. Así, todas las teorías que desde Feuerbach toman como punto de referencia la intimidación general han dedicado en vano laboriosos esfuerzos a superar el escollo de esta incompatibilidad entre la intensidad de la motivación y la relevancia de la perturbación, dice Jakobs. Y en aquellos casos en los que la prevención especial parece prometedora, como, por ejemplo, en algunos sectores del Derecho penal de menores, se desvincula del principio del hecho, sentencia el profesor de Bonn[228].

Consiguientemente, para Jakobs la pena pública existe para caracterizar el delito como delito, es decir, como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad, para el mantenimiento de una determinada configuración social. Por ello, la medida de la pena ha de regirse por la medida objetivada de negación de personalidad y no por lo que sea necesario a efectos de intimidación, educación o argumento, en consecuencia la sanción no tiene un fin, sino que constituye en sí misma la obtención de un fin, *scil* la constatación de la realidad de la sociedad sin cambios, sostiene Jakobs. Al respecto, aclara, no se trata de una teoría absoluta de la pena, pues si la realidad permanece completamente incólume, por ejemplo, porque el hecho manifiesta desesperación o miopía u otra forma de incompetencia para administrar ya los asuntos propios, de modo que no existe en realidad el riesgo de que anuden conductas al contenido material del quebrantamiento de la norma, a falta de una perturbación de la

[228] Jakobs Günther, ***Moderna Dogmática Penal. Estudios compilados***, Ed. PORRÚA, México, 2006, pp. 643 y ss.

vigencia de la norma más allá del hecho no es necesaria una sanción, y esta puede ser leve mientras el riesgo de que anuden conductas sea reducido[229].

El breve repaso a las teorías legitimantes del Derecho Penal nos obliga a no olvidar que el Derecho es producto de la constante reorganización social, que puede ser parcial o total, es decir que las concretas relaciones sociales son inherentes a las concretas formas jurídicas y viceversa, cuya expresión máxima de esta reciproca influencia, en la materia que nos ocupa, se verifica en la forma de solución del conflicto jurídico penal. Así, basta mirar la lucha emprendida por los colectivos feministas para la despenalización de aborto. En este caso, las relaciones sociales bolivianas están profundamente influenciadas por la fe católica que determinan de manera fuerte la permanencia del tipo penal que castiga el aborto. Consiguientemente, la lucha por la soberanía del cuerpo de la mujer es una lucha primordialmente en contra del poder de la iglesia católica. El estado de la cuestión muestra que los colectivos feministas han ganado bastante terreno, no solo en la cuestión del aborto, al ampliarse las causas para el aborto, sino también en la creación de nuevos tipos penales, como el acoso político, el acoso sexual, violencia sexual, etc. Tipos penales que en su infracción y consecuencia jurídica no solo afectan a la víctima y al victimario, sino también al entorno social en diferente medida. Lo propio ocurre con otro tipo de relaciones sociales que ahora pasan a ser materia de protección del Derecho Penal, como el medio ambiente, como garantía de desarrollo de las futuras generaciones. Lo dicho muestra que en la sociedad actual nada hay en estado puro, nada hay que no vaya constituyéndose en el contacto con lo diferente, con lo *otro*, no existe un punto de contacto donde la sociedad pueda anclarse y a partir de ella guiar su conducta, su pensamiento, las acciones y decisiones. Sin embargo, lo que surge de la interacción y del diálogo entre interesados, siempre tiende a superar el estado de cosas, más aún en sociedades plurales como la nuestra. Dicho de otro modo, la sociedad siempre está dispuesta al logro de mayor bienestar posible, por lo que lo importante del sistema jurídico penal es que sea coherente con los fines de la sociedad expresados en la

[229] Idem. pp. 645 y ss.

Carta Política. En pocas palabras, la finalidad de la sociedad boliviana es el *"Vivir Bien"*, por lo que esta finalidad fundamenta los valores y principios expresados en la Constitución Política del Estado. No obstante, no se olvide que aquí también se oculta un cierto grado de autoritarismo político. No sorprenda, entonces, el alto grado de funcionalidad no solo de las sanciones penales sino también de las alternativas a la sanción penal para resolver el concreto conflicto jurídico penal.

En el sentido señalada, las sociedades avanzan hacia una legislación penal que ofrece a los operadores de justicia penal un amplio margen de libertad para la solución del conflicto penal y a través de una diversidad de alternativas de gestión pacífica de la conflictividad, que pretende promover la autonomía de la voluntad de las partes para la solución del conflicto penal, ambas de manera reglada, siendo el último recurso la sanción penal.

Lo dicho hasta aquí da lugar a que pasemos a analizar los criterios de justicia que se han construido de manera contemporánea, para después abordar la cuestión del principio de culpabilidad y la determinación de la sanción penal con base a los principios racionalizadores.

3.5.- Derecho Penal y justicia:

3.5.1.- El jurista frente a la dogmática jurídica

Siguiendo uno de los ejes conductores del presente trabajo, es decir, el tipo de respuesta jurídico penal que el Estado debe dar a una determinada acción delictiva taxativamente descrita por la ley penal, y tomando en cuenta que en la Constitución Política del Estado aparece positivizado el *principio de justicia*, nos parece importante repasar las principales teorías que sobre la justicia se han elaborado contemporáneamente.

Para abordar la cuestión del Derecho Penal y la justicia, consideramos que es importante abordar la cuestión sobre la actitud que asume el jurista frente a las normas jurídicas. Cuestión que Carlos Santiago Nino lo afronta a partir de dos preguntas: ¿la inclusión de tales o cuales normas en el ámbito de investigación del jurista, supone algún tipo de aceptación o reconocimiento de las mismas? Y, en caso de que la respuesta a esta pregunta sea afirmativa,

¿esa aceptación o reconocimiento de las normas incluidas en su sistema, es "racional" o "dogmática"?[230]. Para responder a estas dos cuestiones, toma como parámetros las corrientes iusnaturalista y positivista del Derecho. Así, Nino nos recuerda que el programa iusnaturalista sostiene que el Derecho lleva implícito algún tipo de propiedad ética que lo distingue de un orden de pura fuerza, por lo cual el jurista para determinar su objeto debe hacer una estimación axiológica de las principales normas vigentes. Para esta posición, dice Nino, la idea de justicia integra necesariamente el concepto de Derecho. Y, agrega, que un orden que no está basado en la justicia, aunque sea imperfectamente, carece de validez o fuerza obligatoria, que son propiedades definitorias del orden jurídico. Citando a Alf Ross, dice que la validez no es una característica observable o sea verificable empíricamente, sino que es aprehensible por medio de una captación intelectual, por intuición. Esta característica del iusnaturalismo le parece extremadamente superficial, pero le sirve para concluir que es una consecuencia de esta concepción la afirmación de que el jurista estaría mal encaminado si no hace una apreciación valorativa de las normas que pretende ingresar a su sistema; en caso contrario, agrega, su ceguera dogmática lo llevaría a confundirlo todo, poniendo en el mismo caso al derecho con el régimen de un gánster[231]. Nino nos recuerda también que frente a esta posición se levanta el positivismo jurídico; y, algunas corrientes que integran esta concepción opondrán una teoría ética distinta a la que fundamenta al iusnaturalismo. Se dirá que los términos éticos no designan propiedades objetivas cuya existencia sea verificable. Los juicios éticos no son decidibles por criterios de verdad o falsedad. Algunas de las posiciones más extremas dirán que no estamos ante verdaderos juicios sino ante expresiones de emociones o frente a directivas tendientes a influir en la conducta de otros. Para esta concepción las proposiciones iusnaturalistas son metafísicas porque no cumplen con los criterios de significado empírico, por lo cual, no siendo analíticas carecen de significado alguno. Para otras posiciones iuspositivistas esta conclusión se impone por la conveniencia de mantener metódicamente separados el derecho y la moral y en la dificultad para obtener

---

[230] Nino, Carlos Santiago, ***Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)***, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, Pp. 18 y 19.
[231] Ídem. Pp. 19 y 20.

un acuerdo axiológico. En base a esto el positivismo jurídico prescribirá al jurista que, si desea describir científicamente el derecho, deberá dejar de lado toda estimación valorativa del sistema normativo. Su objeto deberá acotarlo teniendo en cuenta exclusivamente criterios basados en propiedades empíricas. Así, el iusnaturalista podrá decir que la inclusión, en el objeto de estudio del jurista, de normas que no han sido objeto de una previa discriminación valorativa es la prueba más cabal de una aceptación dogmática de las mismas. El positivista acusará al iusnaturalista de caer en el peor de los dogmatismos al aceptar e incluir en su elaboración teórica postulados valorativos indiscernibles científicamente, al pretender influir ideológicamente bajo la cubierta de seudoproposiciones teóricas, al afirmar la existencia de valores absolutos y objetivos sin proporcionar criterios adecuados de verificación[232].

La crítica general expuesta, le permite a Nino abordar el problema de la ideología básica de la dogmática jurídica, es decir, cómo se reflejan las concepciones iusnaturalistas e iuspositivistas en la dogmática jurídica y que a nosotros nos servirá para abordar la cuestión de la validez del Derecho Penal y su legitimidad desde un punto de vista relacional social porque en su aplicación real y/o práctica debe centrar su atención en los sujetos del conflicto primario sin descuidar su dimensión social, asumiendo que la cuestión de la justica es una cuestión política.

Para Nino, el racionalismo iusnaturalista significó una verdadera conmoción intelectual porque al mismo tiempo que se sustituyeron los dioses religiosos por la razón, también se reemplazaron las bases teológicas del derecho natural por pretendidos fundamentos racionales y que fueron los iluministas quienes llevaron la concepción a sus últimas consecuencias. A partir de aquí, el Derecho debía reconstruirse sobre bases racionales. De unos pocos principios, fundados sobre pretendidas generalizaciones acerca de la estructura de la razón humana, se proponía deducir conclusiones referentes a los más circunscritos temas jurídicos. Algunos juristas, dice Nino, llevaron efectivamente este programa adelante y formularon sistemas de soluciones jurídicas, que pretendían ser deducidas totalmente de

[232] Ídem.

unos pocos axiomas autoevidentes, con absoluta independencia del derecho positivo; y, citando a Alf Ross, ingresa la crítica en sentido de que esta actividad llevo a una duplicación del derecho porque al lado de las normas positivas del momento -inorgánicas, imprecisas, muchas veces contradictorias- se opuso un sistema supuestamente consistente, completo y racional. Además, según el mismo autor, cambió la ideología respecto a los destinarios de las normas del derecho natural; antes se entendían que estaban dirigidas al legislador para que, siguiéndolas, diera a sus normas validez moral y fuerza obligatoria; ahora se sostenía que esas normas se dirigían directamente a los súbditos que tenían en virtud de ellas derechos y obligaciones[233]. Lo central e importante de esta concepción del derecho para Nino, fue el hecho de que el racionalismo iusnaturalista influyó efectivamente en la reforma del derecho positivo dando lugar, a mediados del siglo XVIII y durante el siglo XIX, al movimiento de codificación, modificando sustancialmente la actitud de los juristas hacia el orden positivo, no pudiendo eludir la sugestión de que por fin se había dado con un sistema racional que reflejara en sus más íntimos aspectos la naturaleza humana y se fundamentara en la voluntad general. Pensaban que se habían descubierto los principios últimos, inmutables y absolutos, que rigen la convivencia del hombre en sociedad. Así, cita a Laurent que decía: "Los códigos no dejan nada de arbitrio al intérprete. Éste no tiene ya por misión hacer el derecho. El derecho está hecho. No existe incertidumbre pues el derecho está escrito en textos auténticos." Bugner afirmaba: "No conozco derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón." Por lo que al considerar a estos cuerpos normativos la expresión misma de la razón natural, los juristas se veían obligados a justificar todas las soluciones en algún artículo concreto del código, que permitía además conocer las razones que daban origen a las distintas normas y reconocer a un legislador de carne y hueso detrás de las mismas, que expresaba sus fines al sancionarlas, que daba ejemplos de aplicabilidad de esas normas y que señalaba su extensión, estrechando, de esta manera, el campo de posibilidades interpretativas de dichas normas jurídicas[234].

---

[233] Ídem. P. 22.
[234][234] Ídem. Pp. 23 y 24

No obstante, de ello, Nino aclara que, como todo fenómeno social histórico, también hubo fuertes reacciones contra esta concepción del derecho, tales como las corrientes del conceptualismo jurídico, la jurisprudencia de conceptos, la jurisprudencia de intereses, etc.; pero, lo cierto es que, conforme lo afirma el profesor Sebastián Soler, tales reacciones no pudieron alterar sustancialmente la adhesión de los juristas posteriores a los principios básicos sentados por la escuela positiva: 1) la preeminencia otorgada a la ley como fuente del derecho; 2) la voluntad del legislador como único criterio para asignar significado a la ley.

El panorama histórico del desarrollo del Derecho que nos presenta Nino, que podríamos decir sin lugar a dudas que hasta ahora permea la práctica del Derecho y del Derecho Penal en particular, le permite al profesor Carlos Santiago Nino responder a la pregunta acerca de si la inclusión de tales o cuales normas jurídicas en el sistema del jurista implica aceptación de las mismas y en ese caso si esa aceptación es dogmática. Al respecto, dice que es plausible pensar en el criterio utilizado por la dogmática que señala a la vigencia y eficacia de una norma como la característica que determina su inclusión o no en el sistema. Incluso, dice Nino, con una definición adecuada de "vigencia" se lograría explicar la exclusión de ese sistema de normas tales como las de una organización delictiva, las de un movimiento secesionista y también las que dictan los jueces y funcionarios en contradicción con las normas básicas del sistema. Se podría afirmar, continúa Nino, con bastante plausibilidad, que la derrota del iusnaturalismo teleológico significó justamente la utilización de criterios objetivos para formar el sistema normativo de la dogmática. Finalmente, sostiene dos aspectos importantes: primero, que hay una diferencia relevante entre incluir una norma en un sistema porque se esté de acuerdo axiológicamente con ella, y aceptarla valorativamente porque se la ha incluido en el sistema en base a criterios objetivos; y, segundo, que al lado del iusnaturalismo abierto, que descalifica como derecho al orden positivo que no cumple con ciertos cánones valorativos, se encuentra el iusnaturalismo encubierto y conservador que juzga todo orden coactivo como portador de determinados valores positivos. Y, en su criterio, habrían sido Norberto Bobbio y Alf Ross, quienes pusieron de manifiesto esa ideología, a la que se ha confundido con frecuencia con el positivismo jurídico. Bobbio que denomina como "positivismo ideológico" a esa corriente, la describe de la siguiente manera: 1) el derecho

positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de una voluntad dominante es justo; o sea el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez; 2) el derecho como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza de una determina sociedad sirve, con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal[235].

Con relación a la segunda pregunta acerca de si la aceptación de las normas por pare del jurista es "dogmática" o "racional", Nino dice que la aceptación por el racionalismo y la exégesis de las normas positivas no era dogmática, ya que se basaba en una previa confrontación con criterios valorativos aceptados de antemano. Era una aceptación "racional" porque se fundamentaba en el hecho de que el derecho positivo cumplía, por lo menos en sus grandes lineamientos, con los postulados del liberalismo burgués y con las pautas técnicas recomendadas por la ideología vigente. Pero el legado permanente del racionalismo y de la exégesis no consistió, principalmente, en sus criterios valorativos, sino en la actitud de adhesión hacia el derecho positivo. De tal modo que en esa actitud se separó de sus motivaciones para pasar a depender, casi exclusivamente, del simple hecho de estar frente a un orden positivo. Así se fue construyendo la ideología descrita por Bobbio en los párrafos anteriores[236]. Sin embargo, Nino aclara que la aceptación dogmática del derecho positivo, por parte del jurista, no implica que todos los hombres de derecho tengan la misma ideología y que ella sea coincidente con la que se manifiesta en el derecho vigente. Es obvio que, entre los juristas, como en cualquier grupo humano, encontremos adhesiones a las más divergentes tendencias de las que componen el caleidoscopio ideológico. Lo cierto es, sin embargo, que los dogmáticos generalmente estiman conveniente, como un importante ideal de su actividad, dejar de lado sus opiniones personales, cuando realizan tal actividad, para limitarse a describir objetivamente el derecho positivo. Pero esa descripción objetiva encierra

[235] Ídem. P. 29.
[236] Ídem. Pp. 31 y 32.

casi siempre directivas encubiertas a los jueces para que apliquen el derecho positivo tal como es, de tal manera que hasta en los juristas respecto al orden vigente, se advierte que consideran altamente valioso que, mientras el derecho no cambie, sea aplicado sin excepciones y discriminaciones por los órganos y los jueces encargados de hacerlo. Es lo que Alf Ross llama "conciencia jurídica formal" y "conciencia jurídica material", referido a la aceptación del derecho por el solo hecho de serlo; y, por el otro lado, la valoración del sistema y de cada una de sus normas con la intención de influir en la efectiva reforma del mismo, sea por los procedimientos establecidos o sea por medios extrajurídicos[237].

Lo cierto es que, afirma Nino, la aceptación dogmática del derecho positivo por parte de los juristas no impide que los mismos, por vía de diversos procedimientos, realicen una verdadera reformulación de aquél. Una función latente, extraordinariamente relevante de la dogmática, consiste en adecuar las normas jurídicas a determinadas pautas que establecen soluciones valorativas. Esta función se ejerce no sólo en los casos de lagunas normativas, de contradicciones entre normas o de indeterminación semántica de las mismas, sino, incluso, en supuestos en los cuales hay una solución definida y precisa, pero que contradice postulados valorativos aceptados. Lo importante, dice Nino, es señalar que esta función pareciera incompatible con la aceptación dogmática del derecho positivo. En verdad lo es, y eso motiva que los juristas, cuando desarrollan tal función, recurran a diversos procedimientos retóricos para ocultar el carácter original de su opinión con respecto al derecho positivo y para hacerla aparecer como derivada de algún principio o de alguna norma del orden vigente. La adhesión manifiesta y formal al derecho legislado está en contradicción con la función latente de adecuar el orden positivo a pautas axiológicas específicas. El dogmático no se puede permitir, como los juristas anteriores a la codificación, hacer caso omiso de la ley cuando la juzga disvaliosa, pero tampoco pude renunciar a la importante función de construir un sistema de soluciones coherentes con postulados valorativos específicos. En suma, el criterio de excelencia de la labor dogmática esta dado por el

[237] Ídem.

equilibrio que se logra establecer entre ambos requerimientos. De este modo, el dogmático cumple con la importante misión de ir adecuando el derecho legislado a las cambiantes circunstancias fácticas y a las variaciones en las preferencias sociales. Mientras el ideal manifiesto de la aplicación del derecho tal como es, satisface la expectativa de seguridad jurídica, la función no reconocida de reformular el derecho, permite la adecuación del mismo a las pautas valorativas vigentes[238].

Como se observa, Nino es del criterio de que el jurista no puede renunciar a la importante función de construir un sistema de soluciones coherentes con postulados valorativos específicos, para ello, tomando en cuenta la categoría dogmática del tipo penal, pone varios ejemplos de esta actividad. Así, se refiere a la discusión sobre cuál es la acción típica descrita en el original tipo penal descrito en el artículo 173, inciso 2° del Código Penal, para Soler y Núñez, la acción típica seria la "retención indebida"; por el contrario, para Ure y buena parte de la doctrina penal, afirman que la acción típica es la de "apropiarse"; mientras que para Gladys Romero, la esencia misma del delito consiste en "apropiarse" y que de allí toma su nombre de "apropiación indebida" y que las expresiones "no entregare o no restituyere", serian manifestaciones externas de la apropiación, esto es pruebas o presunciones *de iure* del apoderamiento ya consumado. Esta actividad, sería, para Nino, una búsqueda de "esencias", "naturalezas jurídicas", "significados verdaderos", "estructuras ontológicas", etc., que reflejan una falta de comprensión del funcionamiento del lenguaje y de su relación con la realidad. Lo que se considera "esencia" o "naturaleza" de una cosa o un fenómeno consiste en el significado del término que utilizamos para nombrarlo; de ahí la crítica a Gladys Romero cuando afirma que la esencia del delito consiste en la "apropiación" y que de allí toma su nombre de "apropiación indebida", criterio que reflejaría quizá lo que Carnap llama la "concepción mágica del lenguaje", que consiste en creer que hay una conexión esencial o natural entre una palabra y su significado[239]. Del mismo modo, Nino considera que la actividad dogmática consistente en encontrar una acción para cada tipo penal cumple

[238] Ídem. P. 33.
[239] Ídem. P. 47.

funciones extraordinariamente relevantes, algunas manifiestas y otras latentes no reconocidas, refiere que un tipo penal puede contener descripciones de varias clases de acciones en conjunción, por ejemplo, el artículo 302, inciso 1° del Código Penal argentino, exige el libramiento de un cheque sin provisión de fondos y el no pago a las 24 horas de la intimación; los artículos 109, 110 y 117 exigen para la punibilidad una imputación injuriosa o calumniosa y la ausencia de retractación. En el caso del no pago a las 24 horas de la intimación, la opinión minoritaria entiende que esta es una condición objetiva de punibilidad; mientras que, en el caso de la no retracción por injurias, la opinión mayoritaria considera que esta también es una condición objetiva de punibilidad, lo cual implica que la retractación es una excusa absolutoria. Ahora, si consideramos la categoría dogmática de la culpabilidad, si el no pagar a las 24 horas de la intimación se entendiera como una excusa absolutoria, no eximiría de pena al agente el haber creído que había pagado. En suma, esta técnica de reformular las normas penales, presuponen concepciones teóricas generales, como la de la acción y la del tipo, que permiten justificar soluciones dogmáticas originales. Sin embargo, advierte Nino, esto no implica una reformulación del sistema jurídico, sino que constituye simplemente una reclasificación que facilita la comunicación jurídica. Pero esta actividad puede convertirse en una técnica no reconocida de modificar el sistema legislativo, si no se advierte que el significado del término, con el que se nombra a la clase formada con las distintivas subclases descritas en el tipo, abarca estrictamente las conductas a las que el legislador se refiere[240].

En cuanto a las funciones de las teorías dogmáticas, Nino señala que, en lo principal, estas cumplen una función explicativa y una función legislativa. La primera consistente en explicar las normas positivas, de tal manera que, para que una teoría jurídica sea válida, esta no debe contradecir abiertamente el derecho legislado. Pero, fundamentalmente esta función cumple con la posibilidad de que de esa teoría dogmática se puedan inferir reglas o principios pertenecientes al sistema del legislador, por ejemplo, la teoría de la culpabilidad permite

[240] Ídem. Pp. 49 y ss.

explicar la punibilidad de los hechos realizados mediante culpa inconsciente. En tanto que la función legislativa, permite la inferencia de reglas y principios no incluidas en el sistema del legislador. La fecundidad de una teoría dogmática, dice Nino, está en relación directa con la mayor o menor posibilidad de deducir de ella reglas que no forman parte del orden positivo[241].

Finalmente, Nino concluye que las elaboraciones teóricas de la dogmática, por ejemplo, la teoría del tipo penal, la teoría de la acción o la teoría de la culpabilidad, consisten, en lo fundamental, en la posibilidad de deducir normas que forman parte del sistema legislativo, pero también posibilitan la inferencia de normas no pertenecientes a ese sistema. Esta doble vinculación con las normas legislativas y las reglas originadas en la misma dogmática permite presentar a estas últimas como derivadas de los mismos presupuestos que aceptó el legislador al formular su sistema. A esos presupuestos se los hace figurar como formando parte del sistema del legislador, por lo cual también se presentan como integrando ese sistema las normas generales que es posible inferir en ellos. Es obvio, continúa Nino, que la presentación de normas originales, como si estuvieran incluidas de algún modo misterioso en el derecho legislado, no constituye una descripción admisible del sistema del legislador. Pero es el caso que tampoco se pretende hacerlo, a pesar de las manifestaciones sinceras de los juristas en sentido contrario, sino construir un sistema distinto, que tienen como base el legislativo, pero adecuado a pautas valorativas y a ideales racionales. Con las prevenciones que nos merece la generalización que acabamos de realizar, dice Nino, podemos contestar ahora afirmativamente a la pregunta acercar de si es posible encontrar una cierta analogía entre las teorías de las ciencias empíricas y las teorías de la dogmática[242].

Este extenso argumento sobre la dogmática jurídica que nos presenta el jurista Carlos Santiago Nino, nos permite, precisamente, sentar las bases para construir un sistema de Derecho Penal cuya práctica se enfoque en soluciones reales al conflicto jurídico penal

---

[241] Ídem. P. 78 y ss.
[242] Ídem. P. 81.

primario, es decir, un sistema jurídico penal que se enfoque en los intereses reales de los sujetos en conflicto y de la sociedad en su conjunto.

Para ello, consideramos algunas teorías sobre la justicia, para después analizar el contexto económico, político y social boliviano, como condición para la aplicación del Derecho Penal y su repercusión social.

3.5.2.- John Rawls y sus criterios de justicia como igualdad y como una cuestión política

Las instituciones básicas de la sociedad -sostiene Rawls- no deben distinguirse simplemente por ser ordenadas y eficientes: ellas deben ser, sobre todo, justas. Y si no lo son, entonces, deben ser "reformadas o abolidas". Este criterio, a decir del profesor Gargarella, lleva a Rawls a caracterizar a la justicia como la "primera virtud de las instituciones sociales". Y, si bien es cierto que los principios básicos de justicia defendidos por Rawls no están orientados a resolver casos particulares o problemas cotidianos de justicia[243]; sin embargo, consideramos que su propuesta nos brinda suficiente base teórica como para discutir las nuevas bases tóricas del Derecho Penal boliviano; es decir, que, al margen de su pretendido orden y eficiencia en la resolución de conflictos jurídicos penales, se pueda pensar en una administración de justicia penal mucho más justa. Piénsese, por ejemplo, en el instituto jurídico de las salidas alternativas, que como forma de solución de conflictos jurídicos, reflejan orden y eficiencia, pero decaen en su contenido de ciertos parámetros de justicia.

Un primer aspecto que debemos tomar en cuenta es que la "teoría de la justica" de John Rawls se propuso enfrentar a la doctrina del intuicionismo y fundamentalmente a la doctrina utilitarista de la justicia. De manera un tanto escueta, siguiendo las explicaciones del profesor Gargarella, podemos decir que la doctrina del intuicionismo afirma la existencia de una pluralidad de principios de justicia, capaces de entrar en conflicto unos con otros, considerado también como sinónimo de "pluralismo" de principios morales, enfrentado a la doctrina

[243] Gargarella Roberto, Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política, Ed. Paidós Ibérica, España, 1999, Pp. 21 y 35.

utilitarista en tanto esta defiende un solo principio moral a defender (el principio de la mayor utilidad general). Del mismo modo, esta postura considera que no contamos con método objetivo capaz de determinar, en caso de dudas, qué principio escoger entre los muchos que existen, o cómo establecer reglas de prioridad entre ellos. Lo único que podemos hacer frente a tal multiplicidad de principios, por tanto, es sopesarlos de acuerdo con nuestras intuiciones, hasta determinar cuál es el principio que nos resulta el más adecuado en cada caso. Rawls objeta al intuicionismo a partir de lo que considera el defecto más obvio de esta postura: su incapacidad para proponer un sistema de reglas capaz de jerarquizar nuestras intuiciones (acerca de qué principio de justicia adoptar en una situación determinada), para el caso habitual en que se produzca conflictos entre ellas. El intuicionismo tampoco nos ofrece una buena guía para distinguir entre intuiciones correctas o incorrectas, ni nos aclara demasiado cómo distinguir una intuición de una mera impresión o pálpito. De todos modos -reconoce Rawls- en nuestra reflexión acerca de la justicia no podemos aspirar a eliminar toda apelación a principios intuitivos, reconociendo de esta manera un lugar importante a nuestras intuiciones, en la tarea de búsqueda de una teoría sobre la justicia. Es lo que Rawls vino a denominar como "equilibrio reflexivo"[244]. Sobre la doctrina utilitarista, Rawls se refiere a ella como aquella postura que considera que un acto es correcto cuando maximiza la felicidad general. En efecto, dice Gargarella, el utilitarismo posee un método capaz de ordenar diferentes alternativas, frente a posibles controversias morales (la mejor opción, conforme al utilitarismo, es la que más contribuye al bienestar general). El intuicionismo, en cambio, carece de dicha capacidad. Sin embargo, precisa Gargarella que, Rawls tiende a rechazar el utilitarismo, en su carácter de concepción "teleológica" o "consecuencialista" -una característica, ésta, que no se encuentra necesariamente asociada con el intuicionismo. Rawls, como muchos otros liberales, defenderá una concepción no-consecuencialista ("deontológica"), esto es, una concepción conforme a la cual la corrección moral de un acto depende de las cualidades intrínsecas de dicha acción- y no, como ocurre en las posiciones "teleológicas", de sus consecuencias, de su capacidad para producir un cierto estado de cosas

[244] Ídem. P. 22.

previamente valorado[245]. En este sentido, Gargarella explica que más allá de los problemas y virtudes habitualmente asociados con el intuicionismo y el utilitarismo, se debe reconocer que implícita o explícitamente, muchos de nosotros tendemos a favorecer soluciones utilitaristas cuando tenemos dudas acerca de cómo decidir algún dilema moral. Por ejemplo, tendemos a preferir las decisiones que benefician a una mayoría de personas cuando no sabemos cómo decidir un cierto caso; tendemos a ver como aceptables aquellas políticas orientadas a promover el bienestar general. Cuando, con el fin de evaluar un determinado curso de acción, examinamos el modo en que dicha acción contribuye al logro de un cierto estado de cosas que consideramos intrínsecamente bueno, actuamos de modo "consecuencialista". Y el utilitarismo representa una especie notable dentro de este género de las soluciones consecuencialistas. Es decir, si se asume que toda teoría ética se compone de dos partes, una teoría del bien -cuál es o cuáles son los bienes valiosos- y una teoría de lo que es correcto -qué es lo que debemos hacer-, el "consecuencialismo" subordina la teoría de lo correcto a la teoría del bien: debe hacerse aquello que maximice el bien (en el caso del utilitarismo, debe maximizase el bienestar general). El "deontologismo", en cambio, considera que lo correcto es independiente de lo bueno y, más aún, considera que lo correcto tiene primacía sobre lo bueno[246]. Al respecto véase la posición de Claus Roxin quien construye el sistema del Derecho Penal en base a postulados de política criminal, sosteniendo que la imposición de determinadas sanciones y su necesidad no pueden desconocer los fines político criminales diseñados por el Estado, construcción que, como se ve, asigna al Derecho Penal la función de producir un cierto estado de cosas previamente valorados. Por su parte, en el orden de crítica se tiene también el criterio de Ronald Dworkin que sostiene que el único modo en que el utilitarismo puede asegurar el mismo respeto a cada individuo es a través de la incorporación de un cuerpo de derechos, capaces de imponerse a reclamos mayoritarios basados en preferencias externas, por ejemplo, las preferencias de los católicos o las preferencias feministas. Así, como se verá más adelante, se tienen resoluciones judiciales que

[245] Ídem. P. 23.
[246] Ídem.

rechazan salidas alternativas en delitos considerados de género en base a criterios político criminales, tales como que las salidas alternativas al proceso penal encubren la estructura patriarcal de la sociedad e invisibilizan y naturalizan la violencia hacia la mujer o que la política criminal del Estado debe estar orientada a visibilizar la violencia y desestructurar este tipo de sociedad. Dicho de otro modo, el Derecho Penal se constituye en un instrumento *útil* para el logro de los fines y objetivos político criminales del Estado, considerándose que lo bueno o valioso previamente valorado puede ser alcanzado con la imposición de una determinada sanción penal y no precisamente con una salida alternativa. Haciéndose patente, con Dworkin, que el cuerpo de derechos que les asiste tanto a víctimas como a victimarios, decaen a favor de ciertos fines político criminales del Estado.

Por otra parte, de la concepción de la justicia postulada por Rawls, nos interesa su compromiso con la igualdad. Ella dice, conforme explica Gargarella, que una teoría de la justicia no merece ser reconocida como tal si permite que las persona resulten beneficiadas o perjudicadas por circunstancias ajenas a su voluntad, esto es, por circunstancias ajenas a sus propias elecciones. El pensamiento igualitario se ha referido a este tipo de criterios mediante la distinción entre hechos arbitrarios desde un punto de vista moral (hechos ajenos a la responsabilidad de cada uno), y hechos de los cuales uno es plenamente responsable. Ello, para decir que una sociedad justa debe tender, en lo posible, a igualar a las personas en sus circunstancias, de modo tal que lo que ocurra con sus vidas quede bajo su propia responsabilidad, por ejemplo, se podría afirmar que es moralmente arbitrario, el hecho de que una persona nazca en el marco de una familia rica o pobre, o dentro de un ambiente cultural estimulante o poco estimulante, como también resultaría moralmente arbitrario que una persona aparezca dotada con enormes talentos y otra con muy pocos[247]. Hechos como los citados, anota Gargarella, son arbitrarios desde el punto de vista moral, dado que los individuos que resultan beneficiados o perjudicados por ello, no han hecho nada para merecer tal suerte o desgracia. En cambio, si una persona, igualada a las demás en sus circunstancias,

[247] Ídem. P. 40.

decide vivir en un completo ascetismo o alcanza un nivel de vida menor que el promedio porque prefiere el ocio frente al trabajo, luego tales situaciones no son consideradas moralmente reprochables, dado que son el mero producto de las elecciones del agente. La idea es, dice Gargarella, que cada uno debe aceptar pagar el costo de las elecciones por las que se inclina: en el ideal de la concepción liberal, los individuos deben ser considerados responsables de sus acciones, y no meras víctimas de su destino a las cuales el Estado siempre debe apoyar[248]. Al respecto piénsese en una persona que tiene las suficientes capacidades y bienes materiales para su desarrollo personal, pero prefiere el ocio y la delincuencia, por el ejercicio de esa libertad su conducta le será reprochable penalmente.

Ahora bien, conforme explica Gargarella, tanto liberales igualitarios como conservadores reconocen como obvia la existencia de esta "lotería de la naturaleza" -estos "azares" que provocan que las vidas de algunos sean mucho más afortunadas que las de otros-. Sin embargo, disienten a la hora de considerar el modo en que una sociedad justa debe responder ante tales circunstancias. Para los libertarios, no corresponde que la sociedad intervenga para intentar remediar o suprimir ese tipo de circunstancias porque no es tarea de una sociedad justa la de tratar de remediar hechos como los mencionados: aun cuando aquellos hechos deban lamentarse, aun cuando sean capaces de dar lugar a desigualdades muy severas y dolorosas, todo remedio institucional resultaría pero que la enfermedad misma. La pretensión de que una agencia estatal -una agencia dotada de poder coercitivo- resuelva tales males abriría las puertas a la aparición de una entidad omnipresente e intrusiva en la vida privada de cada uno[249]. Sobre este punto de crítica, Gargarella sostiene que para Rawls resulta obvio que las arbitrariedades morales no son justas o injustas en sí misma: no tendría sentido "reprocharle" a la naturaleza que nos haya favorecido o desfavorecido en nuestras asignaciones iniciales. Sin embargo, en opinión de Rawls, sí tiene sentido hacer una evaluación sobre la justicia e injusticia de las instituciones básicas de nuestra sociedad: la naturaleza no es justa o injusta con nosotros, lo que es justo o injusto es el modo en que el

[248] Ídem. P. 41.
[249] Ídem.

sistema institucional procesa estos hechos de la naturaleza. De ahí surge, en consideración de Gargarella, la afirmación de Rawls de que la "primera virtud" de cualquier sistema institucional ha de ser la de su justicia[250].

Finalmente, la distinción entre circunstancias y elecciones permite sostener que la concepción de justicia defendida por Rawls es tributaria de la tradición kantiana, es decir, el ideal que se defiende es el de que las personas puedan vivir autónomamente, o sea, que puedan decidir y llevar adelante libremente el plan de vida que consideren más atractivo. Que, conforme a Carlos Santiago Nino, el principio de autonomía "prescribe que siendo valiosas la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no deben interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución[251]".

3.5.3.- El criterio liberal y deontológico de Robert Nozick

Entre los críticos a la concepción de la justicia sostenida por John Rawls se encuentra el filósofo Robert Nozick. Así, mientras Rawls, como se vio, defiende la existencia de un Estado activista igualitarista omnicomprensivo cuyas instituciones fundamentales debían contribuir en la primordial tarea de igualar a las personas en sus circunstancias básicas, Nozick se posiciona a favor de un Estado mínimo menos ambicioso al propuesto por Rawls, que debía orientarse exclusivamente a proteger a las personas contra el robo, el fraude y el uso ilegítimo de la fuerza, y a respaldar el cumplimiento de los contratos celebrados entre los individuos[252]. Aspecto importante porque una concepción basada en la respuesta jurídico penal que mire a los sujetos en conflicto, necesariamente nos remite a la crítica sobre la

[250] Ídem.
[251] Ídem. P. 43.
[252] Gargarella Roberto, Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política, Ed. Paidós Ibérica, España, 1999, Pg. 45.

justicia del acuerdo suscrito entre estos sujetos y que pone fin al conflicto jurídico penal. Entonces, en lo central, dado que el criterio de justicia sobre el acuerdo suscrito implica necesariamente el principio de libertad personal, para Nozick, el tránsito del Estado de naturaleza al Estado mínimo, no es solo posible y legítimo, sino además moralmente necesario, siendo lo fundamental que el Estado mínimo se desarrolle sin violar derechos básicos y naturales como el derecho a la vida, la libertar y la propiedad, por tanto, Nozick defiende una teoría deontológica de los derechos por sostener la existencia de ciertos derechos básicos inviolables y que, como tal, rechaza la posibilidad de que los derechos de algún particular resulten violentados en favor del mayor bienestar de otros, es decir, rechaza la posibilidad de que algunos individuos sean sacrificados en beneficio de otros, como en su afirmación de la independencia y separabilidad de las personas, que dicho en términos kantianos, afirma la máxima de que los individuos deben ser tomados como fines en sí mismos, y no como medios que pueden ser utilizados para mejorar la suerte de los demás[253]. En este sentido, según Gargarella, cuando Nozick piensa en los derechos "naturales" los funda en una intuición básica, que es la de la propiedad de cada uno sobre sí mismo -cada uno es legítimo propietario de su cuerpo-. Y su carácter de derechos "naturales", dice Gargarella, parece derivar de la importancia que tienen, a fin de asegurar que cada persona pueda moldear su propia vida a su manera y tenga aseguradas las condiciones necesarias para poder llevar adelante una vida significativa. Otro dato importante y que es claramente apuntado por Gargarella, es que los derechos asumidos por Nozick se distinguen por tres características fundamentales: son sólo derechos negativos, actúan como restricciones laterales frente a las acciones de los demás y son exhaustivos. Por tanto, afirmar que los derechos son sólo negativos implica creer exclusivamente en derechos de no interferencia, por ejemplo, derecho a que otros no me dañen, en un sentido amplio del término, y, a la vez, rechazar la existencia de derechos positivos, esto es, derechos a que otros me asistan en algunas necesidades básicas, por ejemplo, derecho a que me provean lo que necesito para vivir; y, decir que los derechos actúan como restricciones laterales frente a las acciones de

[253] Idem. P. 46.

otros, implica sostener el criterio liberal según el cual la esfera de los derechos ha de resultar inviolable frente a las pretensiones de los demás y debe ser protegida con independencia de las consecuencias negativas para el llamado "bien común" o "bienestar general" que dicha protección pueda generar; finalmente, la idea de que los derechos son exhaustivos significa que ellos vencen frente a cualquier otra consideración moral. Entonces, la idea básica es que la filosofía política sólo se ocupa de las obligaciones exigibles y que ellas se agotan con los derechos[254].

Al respecto, siguiendo los criterios del liberalismo sostenido por Robert Nozick, consideremos el tipo penal descrito en el artículo 312 bis del Código Penal boliviano, bajo el nombre jurídico de "Actos Sexuales Abusivos" que protege el bien jurídico "libertad sexual". La pregunta es quién define qué es o en qué consiste un "acto de violencia física y humillante" durante una relación sexual consentida. La respuesta parece estar en el principio de *libertar* sexual de los sujetos que consintieron la relación sexual, porque los deseos, pasiones y sobre todo sentimientos, se encuentran en el ámbito de libertad individual, pues cada persona tiene el derecho de moldear su vida sexual a su manera y sin interferencia externa (criterio negativo de los derechos), y porque la *libertad* sexual, en tanto derecho "natural" resulta inviolable frente a las pretensiones de los demás sobre su concepción del bien común o bienestar general (criterio de restricción lateral de los derechos), y, además, porque la esfera de libertad personal, vence a cualquier otra consideración moral (criterio exhaustivo de los derechos). Por tanto, si el artículo 22 de la Constitución Política del Estado establece como deber primordial del Estado proteger la libertad de las personas, no se entiende por qué este delito tendría que ser un delito de acción pública perseguible de oficio por el Estado. Del mismo modo, en cuanto a la respuesta jurídico penal a la acción de ejercer un "Acto Sexual Abusivo", en la lógica liberal de Nozick, la resolución del conflicto jurídico debiera estar supeditada al *acuerdo voluntario libre* entre adultos y, desde nuestro criterio, en base a las alternativas u opciones de solución previstas taxativamente en la ley penal, principio básico

[254] Idem. P. 47.

de justicia, puesto que Nozick, siguiendo a Hume, afirma que todas las personas son naturalmente diferentes entre sí, por lo que cualquier emprendimiento orientado a igualarlas termina frustrándose. La libertar, afirma, quiebra cualquier pauta igualitaria, a menos que la libertad se suprima[255]. Si lo importante y primordial es mirar a los sujetos en conflicto para determinar cuál la solución justa al conflicto jurídico penal, y si el principio de justicia defendido por Nozick descansa en el acuerdo voluntario libre entre adultos, el problema inmediato es saber si los acuerdos surgen de una real condición de libertad, por ejemplo, nadie está dispuesto a sumergirse en un aparato burocrático ineficiente y corrupto de administración de justicia y a enfrascarse en un tedioso proceso penal desgastante en lo físico, mental y económico, factores que impulsan, por lo general, a buscar soluciones alternativas al conflicto penal; por tanto, el acuerdo arribado alternativo a la solución ordinaria del conflicto, no puede ser considerado producto de la voluntad libre, sino determinado por factores externos que influyen en la decisión de ambos sujetos en conflicto. Sin embargo, para Nozick, solo podría hablarse de una situación forzada en caso de que las opciones de una persona se encuentren restringidas por las acciones de otras; y, por otro lado, debe ocurrir que tales acciones violen los derechos de la primera. Por tanto, puede considerarse moralmente reprochable una situación en la que la víctima resulte obligada a aceptar una conciliación a punta de pistola; pero no hay nada moralmente incorrecto, si la víctima decide suscribir el acuerdo para evitar una desagradable experiencia en los pasillos de los tribunales de justicia, al fin y al cabo, no existe justicia ideal ni instituciones idealmente justas[256].

Para Ronald Dworkin, conforme explica Gargarella, una concepción liberal igualitaria adecuada necesita descansar sobre cuatro ideas básicas, muy próximas a las defendidas por Rawls. En primer lugar, el liberalismo igualitario debe distinguir entre la "personalidad" y las circunstancias que rodean a cada uno. El propósito de dicho liberalismo debe ser, en este respecto, el de igualar a las personas en sus circunstancias, permitiendo que los individuos se hagan responsables de los resultados de sus gustos y ambiciones: si alguien, situado en

[255] Idem. P. 54.
[256] Idem. P. 55.

una posición de relativa igualdad con los demás decide, por ejemplo, emprender una acción muy arriesgada, conociendo de las posibilidades de que la misma termine mal, entonces, en caso de un final desafortunado en su empresa, sólo él debe hacerse cargo del resultado obtenido. Del mismo modo, el Estado no puede hacerse cargo de los gustos caros de quienes hayan cultivado este tipo de preferencias[257]. En segundo lugar, Dworkin considera que una buena concepción igualitaria debe rechazar, como métrica de la igualdad, el bienestar o la satisfacción que pueda alcanzar cada uno, defendiendo un parámetro más objetivo en la evaluación de la justicia, proponiendo la noción de "recursos", para decir que la situación de las personas deberá evaluarse teniendo en cuenta los recursos que posee y las razones por las cuales los posee o carecen de ellos, y no el grado de satisfacción o bienestar que pueden obtener de los mismos. En tercer lugar, complementado la segunda idea, el liberalismo igualitario insiste no sólo en que la justicia es una cuestión de recursos, sino que es una cuestión de recursos iguales. Y, la cuarta idea sostenida por Dworkin, está referida a la cuestión de la tolerancia en sentido de que un Estado igualitario debe ser neutral en materia ética, no debiendo prohibir o recompensar ninguna actividad privada sobre la base de que alguna concepción ética resulta superior o inferior a las demás. Sobre este punto, según Rawls, lo "correcto" debe tener prioridad sobre lo "bueno", lo cual significa que el Estado debe mantenerse neutral respecto de los distintos ideales de excelencia humana que sostengan los distinto ciudadanos y más allá del número de ciudadanos que apoye tal o cual ideal[258].

3.5.4.- Criterio de libertad sustancial en Amartya Sen

Por su parte, Amartya Sen sostiene que una propuesta igualitaria aceptable no debería concentrarse en la igualdad de bienes primarios, como ocurre en el caso de Rawls, ni en la igualdad de recursos, como ocurre en el caso de Dworkin; y, dicho análisis, tampoco debería focalizarse en la utilidad obtenida por alguien con esos recursos o bienes primarios, por ejemplo, como ocurre en la solución bienestarista. Por tanto, lo que debería tomarse en

[257] Idem. P. 70.
[258] Idem. P. 71.

cuenta, según Sen, es algo "posterior" a la tenencia de tales recursos, pero "anterior" a la obtención de utilidad, por ejemplo, acceso a la salud, a la educación, etc. Es decir, la igualdad buscada debería darse, más bien, en la *capacidad* de cada persona para convertir o transformar esos recursos en libertades, puesto que, y esto es lo interesante de su concepción, idénticos bienes pueden significar cosas muy distintas para personas diferentes, dado que la conversión de los bienes primarios y recursos en libertades de elección puede variar de persona a persona, la igualdad en la posesión de bines primarios o de recursos puede ir de la mano de serias desigualdades en las libertades reales disfrutadas por diferentes personas[259]. Del mismo modo, Sen critica el fetichismo sobre los bienes que lleva a preocuparse por ciertos bienes, con exclusión de lo que tales bienes implican sobre los distintos individuos, descuidando las diferencias en el posible aprovechamiento de tales medios. Sin embargo, dicho fetichismo sobre los bienes no parece afectar aquellas posturas preocupadas sobre los estados finales de las personas, por ejemplo, el utilitarismo, dado que esta concepción se preocupa de qué es lo que los bienes en cuestión provocan sobre distintos individuos. El problema, según Sen, radicaría en que estas posturas se concentran indebidamente en las reacciones mentales de los individuos frente a determinadas acciones o estado de cosas[260].

Como puede observarse, las correcciones u modificaciones sugeridas por Dworkin sobre la teoría de la justicia propuesta por Rawls, en lo que aquí interesa, se sustentan en la distribución de recursos con la finalidad de igualar a las personas en sus circunstancias, sin importar el bienestar o grado de satisfacción que se pueda obtener de dichos recursos; mientras que Amartya Sen asienta el principio de igualdad en la capacidad de cada persona en convertir o transformar esos recursos en libertades, puesto que idénticos bienes pueden significar cosas muy distintas para personas diferentes. El claro peso que se pone en las "circunstancias" y "capacidades" de cada persona en base a "bienes primarios" en terminología de Rawls y de "recursos" en terminología de Dworkin y no en sus características o cualidades personales de las personas, y, además, que ciertos bienes pueden ser condición

[259] Idem. P. 76.
[260] Idem. P. 77.

de libertades, nos lleva a considerar y a machacar nuevamente el problema de corrupción en el Fondo Indígena desde una dimensión política y jurídica.

Como ya se vio, el colapso del sistema político boliviano ocurrido durante los años 2000 a 2004 del presente siglo, posibilitó que los sujetos de la revolución (indígena campesino), ingresen en posesión de bienes primarios de tipo social, por ejemplo, administración del Estado y de la riqueza común, permitiéndoles administrar la riqueza económica de manera directa a través del Fondo Indígena, con el concurso, también, de personas que no reúnen esas cualidades del sujeto de la revolución, pero que gozan también de esos mismos bienes primarios, por ejemplo, el típico burócrata estatal. Este tipo de relación social, que se manifiesta claramente en la burocracia estatal, tratándose de delitos de corrupción y vinculados a corrupción, no nos permite tomar como parámetro de análisis el criterio de la "personalidad", sino, el criterio de las "circunstancias" y "capacidades" que rodean a cada persona en su actividad burocrática estatal, en relación a los fines y funciones esenciales del Estado Plurinacional de Bolivia previsto en el artículo 9 de la Constitución Política del Estado. La ruptura política y la política social plasmada en el nuevo orden constitucional, entendió que la distribución y redistribución social de la riqueza económica debe servir para igualar a las personas en sus circunstancias y que se vieran materializadas en una sociedad mucho más justa, en el bienestar personal y de la comunidad, etc. Condiciones que, en términos de Amartya Sen, al menos puedan servir para fortalecer las libertades personales.

La ruptura del orden político, la política social y los fines y funciones del Estado, nos llevan a considerar el problema de la corrupción en su componente de responsabilidad penal y de respuesta jurídico penal a ese fenómeno social que se expresa como conflicto jurídico penal y/o ilícito penal. Al respecto, acogiendo las críticas sobre la justicia, podemos sostener que el juicio de reproche surge de un criterio objetivo de justicia, en palabras de Dworkin el propósito del liberalismo igualitario es el de igualar a las personas en sus circunstancias, función primordial del administrador del Estado y de la cosa común; y, recordando el argumento de Carnero Hoke que aparece en el preámbulo del libro *Tesis India* de Fausto Reinaga, en analogía con lo sostenido por Dworkin, haciendo referencia a una concreta configuración social, sostenía que *el Consejo de Ancianos no era más que una comuna de*

ancianos orientadores. *Las comunidades saben de sus necesidades*[261]. Dicho de otro modo, las circunstancias objetivas de los dirigentes indígenas originarios y campesinos que administraron el Fondo Indígena y de los clásicos burócratas estatales, les permitía asumir el rol orientador en consideración de las circunstancias y necesidades de los destinatarios de dichos recursos económicos como posibilidad de fortalecimiento de sus libertades, pues como sujetos sociales, saben de las *necesidades* de sus comunidades. Suficiente principio para reprocharles penalmente su conducta, porque el reproche no puede tener como principio el conocimiento y la comprensión de la norma jurídica formal, sino el principio de que la primera mediación se da en el contacto con el *otro*, *contacto* del cual surge la comprensión de la criminalidad y la consiguiente *responsabilidad*, y de ahí surgirán las demás mediaciones que no son menores, pues el ejercicio y límites de la libertad no pueden basarse en criterios abstractos de naturaleza simplemente normativa, sino en la *relación con el otro*, entendido como *contacto* con el otro, es decir, en la consideración de las *necesidades* y *diferencias* en el aprovechamiento que el otro pueda hacer de bienes y recursos primarios; por tanto, la reprochabilidad penal tampoco puede basarse en criterios de "personalidad" de las personas. Criterio que no afecta el principio de *racionalidad* jurídica de la dogmática jurídica penal, más bien la fortalece por basarse en criterios objetivos que se concretan en el momento de la determinación de la sanción penal, es decir, del tipo de respuesta jurídico penal al fenómeno de las acciones corruptas que se constituyen en obstáculos para el ejercicio y desarrollo de las libertades personales. Entonces, la respuesta jurídico penal al fenómeno del conflicto jurídico penal, debe superar los criterios preventivos generales y especiales por no ser adecuados a la nueva complejidad social.

Si en sociedades complejas y contradictorias, o, en sociedades multisocietales, en términos de Luís Tapia, como las nuestras, idénticos bienes pueden significar cosas muy distintas para personas diferentes, dado que la conversión de los bienes primarios y recursos en libertades de elección puede variar de persona a persona, en términos de Amartya Sen; también las

---

[261] Ob. Cit., Carnero Hoke, ***Tesis India***, preámbulo, pp. 14 y 15.

circunstancias, particularidades y su capacidad de decisión en la situación concreta de la persona infractora pueden variar, como puede variar la naturaleza y gravedad del hecho, así como la magnitud concreta del daño o peligro causados. Por tanto, también pueden variar los tipos de respuesta penal e incluso no requerirse ninguna respuesta penal. Dicho de otro modo, considerar la magnitud del principio de culpabilidad como la magnitud del injusto jurídico penal al momento de individualizar la sanción penal tomando en cuenta el contexto, las circunstancias y a las personas, se constituye en una tarea constructiva de la sanción penal aplicable a cada persona infractora. Véase que en esta tarea se implican de manera primordial el significado y cualidad del bien jurídico tutelado en el contexto de las relaciones sociales y, además, a las personas directamente implicadas en el conflicto jurídico penal, superando el criterio del tercero observador o tercero imparcial, para quien ciertos bienes o recursos pueden tener un significado distinto al concebido por los sujetos en conflicto. Así, si entendemos que la propiedad privada va más allá del usufructo del bien porque se puede intercambiar por otro bien, se puede enajenar existiendo un uso irrestricto del bien que por lo general viene asociado con el intercambio mercantil donde personas desconocidas intercambian sin ninguna mediación ni compromiso posterior un tipo de riqueza, por tanto, existe soberanía absoluta; y si entendemos que la propiedad individual se refiere a un tipo de propiedad en el que el usufructo personal o familiar está limitado por una serie de compromisos y responsabilidades con un entorno colectivo que regula ciertos usos del bien poseído personalmente[262], entonces es fácil entender que el significado de violencia física y humillación durante una relación sexual consentida, previsto como infracción penal por el -artículo 312 bis del Código Penal, es una cuestión exclusiva de la persona titular del bien. Por otra parte, si entendemos que la propiedad estatal es una forma de propiedad privada en la que la soberanía jurídica sobre el bien está depositada en una pequeña corporación de funcionarios con capacidad de gestión arbitraria que se hace a nombre del Estado y que la única diferencia con la propiedad privada individual es que, en la medida en que se hace a nombre del Estado, el producto del trabajo requiere una forma de distribución que legitime

[262] García Linera Álvaro, ***La condición obrera en Bolivia, Siglo XX***, Ed. Plural, La Paz – Bolivia, 2014, p. 26.

este artificio privado[263], es decir, si el criterio de legitimación de la apropiación por parte del Estado del producto creado por la fuerza del trabajador es la distribución equitativa de esa riqueza como condición de satisfacción de necesidades básicas de las personas en condiciones de igualdad, actividad que pasa por el accionar transparente y honesto por parte de esa pequeña corporación de funcionarios públicos improductivos, entonces la intervención del Derecho Penal y la respuesta jurídico penal al fenómeno de la corrupción está relacionado con el proceso de control y gestión del producto de las fuerzas del trabajo, que a diferencia de los actos de violencia física y de humillación durante un acto sexual consentido, de lo que se trata aquí es de la creación de condiciones objetivas adecuadas de desarrollo individual y social, es decir, de convertir esos bienes o valores en libertades personales. Véase que no se trata de prevención general o especial conforme lo establece el artículo 25 del actual Código Penal boliviano, sino de la resolución del conflicto penal en base a respuestas adecuadas a la naturaleza y grado de complejidad de los hechos y a las especiales condiciones y circunstancias de los involucrados. Dicho de otro modo, al servidor público improductivo económicamente, lo mínimo que se le puede exigir, dadas sus especiales circunstancias en la administración del producto del trabajo social, es que actúe honestamente.

3.5.5.- Las elecciones personales como criterio de justicia según Gerald Cohen

Por otra parte, Gerald Cohen, criticando el liberalismo de Rawls sobre el papel de los incentivos a los naturalmente más aventajados, en sentido de que bajo el "principio de diferencia" se autoriza que aquellos naturalmente más aventajados obtengan ventajas adicionales, por ejemplo, compensaciones económicas en forma de incentivos, en la medida de que dispongan su talento para la realización de tareas que favorezcan, especialmente, a los sectores más desaventajados de la sociedad[264], ha sostenido que en ciertos casos, y en principio, los más talentosos pueden negarse razonablemente a realizar determinadas tareas en favor de los demás, si es que no se les otorga compensación alguna a cambio. Esta negativa

[263] Idem.
[264] Ob. Cit. Gargarella, ***Las teorías de la justicia…***, p. 81.

podría justificarse, por ejemplo, en aquellos casos en los que ellos, genuinamente, quisieran realizar menores esfuerzos de los que se les pide, en razón del carácter enormemente costoso de las actividades que debieran desarrollar (Cohen llama a éste, el buen caso)[265]. Pero, habría por lo menos dos casos, muy habituales, en los que no quedaría justificada la negativa del sujeto naturalmente aventajado, ni las recompensas adicionales; así, puede ocurrir, explica Gargarella, que el sujeto naturalmente mejor dotado prefiera llevar adelante la actividad que se le pide, por ejemplo, organizar una empresa, pero, por otra parte, puede sostener de modo estratégico que no quiere llevar a cabo tal industria, y forzar así a los demás a pagarle más por su actividad, en este caso el sujeto chantajea al resto de la sociedad, de tal modo que nos veamos obligados a recompensarle adicionalmente para que él pueda realizar aquello que en definitiva prefiere realizar (Cohen llama a éste, el mal caso)[266]. El tercer caso es el de la persona aventajada, que preferiría producir menos si es que no se le ofreciera a cambio compensación alguna, aunque la tarea en cuestión no sólo no le supone costos significativos, sino que, más bien, resulta de su agrado (Cohen llama a éste, el caso estándar). Si, tal como sugiere Rawls que se haga, escribe Gargarella, se termina por ofrecer a este sujeto mayores recompensas, ello se deberá, por un lado, a su mayor capacidad de negociación frente al resto de la sociedad, y, por otro lado, a su egoísmo, a su negativa a poner sus mayores capacidades al servicio de los menos favorecidos[267]. Finalmente, Cohen se refiere a la justicia en la estructura básica y la justicia en las elecciones personales defendida por Rawls, sosteniendo que para que una sociedad pueda considerarse justa, no basta con que en ella se asegure la justicia de su "estructura básica", es decir, la justicia de sus instituciones principales, por ejemplo, desde nuestro margen de análisis, el Órgano Judicial y la forma de su composición. De acuerdo con Cohen, una sociedad justa requiere de un cierto ethos, requiere que sean justas, también, las elecciones personales de los individuos que la componen; en palabras de Gargarella, las exigencias de una sociedad justa no se terminan con la presencia de un Estado que fija reglas justas, procurando mejorar en todo lo posible la situación de los individuos

[265] Idem. P. 83.
[266] Idem.
[267] Idem.

más desafortunados. De acuerdo con la visión defendida por Cohen, las exigencias de la justicia alcanzan a los individuos particulares. Ellos no pueden dejar de lado, en su vida cotidiana, principios igualitarios según los cuales las desigualdades sólo son aceptables en tanto vengan a favorecer a los miembros más desaventajados de la sociedad que pretenden honrar en su vida pública, es decir, los principios acerca de la distribución justa de beneficios y cargas dentro de la sociedad, se aplican a las elecciones de las personas. En definitiva, "lo personal es político"[268].

3.5.6.- Crisis social y régimen político en el contexto de la pandemia por el Covid19

Slavoj Zizek escribe que la propagación continua de la epidemia de corona virus también ha desencadenado grandes epidemias de virus ideológicos que estaban latentes en nuestras sociedades: noticias falsas, teorías de la conspiración paranoicas, explosiones de racismo. Pero quizás otro virus ideológico, y mucho más beneficioso, se propagará y con suerte nos infectará: el virus de pensar en una sociedad alternativa, una sociedad más allá del estado-nación, una sociedad que se actualiza a sí misma en las formas de solidaridad y cooperación global. El coronavirus también nos obligará a reinventar el comunismo basado en la confianza en las personas y en la ciencia[269]. Y, haciendo una analogía con la escena de "Kill Bill" de Quentin Tarantino, donde Beatrix deshabilita al malvado Bill y lo golpea con la "Técnica del corazón explosivo de la palma de cinco puntos", afirma que la epidemia de coronavirus es una especie de ataque de la "Técnica del corazón explosivo de la palma de cinco puntos" contra el sistema capitalista global, una señal de que no podemos seguir el camino hasta ahora, que un cambio radical es necesario. Triste hecho, necesitamos una catástrofe, dice Zizek, porque aquí estamos hoy, en la vida real, donde una amenaza global da lugar a la solidaridad global, donde nuestras pequeñas diferencias se vuelven

[268] Idem.
[269] Zizek Slavoj, Coronavirus es un golpe al capitalismo al estilo de "Kill Bill" y podría conducir a la reinvención del comunismo, en AA.VV. Sopa de Wuhan, Ed. ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio), marzo de 2020, p. 21 y s.

insignificantes, todos trabajamos juntos para encontrar una solución[270]. Por su parte, Byung-Chul Han resulta no ser tan optimista como Zizek, pues, haciendo una comparación entre los estados de Asia con los de Europa, ve que el sistema asiático resultó ser mucho más eficiente a la hora de responder a la pandemia, esto debido a que estados asiáticos como Japón, Corea, China, Hong Kong, Taiwán o Singapur tienen una mentalidad autoritaria, no existe una conciencia crítica ante la vigilancia digital o el big data, la digitalización directamente los embriaga e impera el colectivismo antes que el individualismo, pero apunta que no es lo mismo el individualismo al egoísmo, todas estas características sociales les viene de su tradición cultural (confusionismo), que hace que las personas sean menos renuentes y más obedientes que en Europa. También confían más en el Estado, apunta Byung-Chul Han[271]. El tema de China le parece interesante porque no hay ningún momento de la vida cotidiana que no esté sometido a observación. Se controla cada clic, cada compra, cada contacto, cada actividad en las redes sociales y se ha introducido un sistema de crédito social inimaginable para los europeos, que permite una valoración o una evaluación exhaustiva de los ciudadanos. Cada ciudadano debe ser evaluado consecuentemente en su conducta social. Prácticamente no existe la protección de datos. En el vocabulario de los chinos no aparece el término "esfera privada", nos dice Han. En suma, una sociedad cohesionada en torno al partido y al Estado y al desarrollo de una biopolítica digital que acompaña a la psicopolítica digital que controla activamente a las personas para combatir la epidemia. Un Estado soberano en base a estas tecnologías y en base al control de los datos personales, mientras que en Europa sigue imperando el concepto de soberanía en base a los límites fronterizos. Por tanto, según Han, Zizek se equivoca, pues el virus no asestó ningún golpe al capitalismo porque tras la pandemia el capitalismo continuará con más pujanza, es más, China exhibirá la superioridad de su sistema con orgullo y podrá vender ahora su Estado policial digitalizado como un modelo de existo contra la pandemia. El virus no puede reemplazar a la razón, ningún virus es capaz de hacer la revolución, el virus nos aísla e individualiza, no genera ningún

[270] Idem. P. 24.
[271] Han Byung-Chul, La emergencia viral y el mundo del mañana, en AA.VV. Sopa de Wuhan… p. 99 y s.

sentimiento colectivo fuerte. La solidaridad consiste en guardar distancias mutuas, no es una solidaridad que permita soñar con una sociedad distinta, más pacífica, más justa, no podemos dejar la revolución en manos del virus[272], afirma Han. Tal parece que Han tiene la razón.

Raúl Zibechi escribe que la dura experiencia vivida por el pueblo chino en los dos últimos siglos -desde las guerras del opio hasta la invasión japonesa- ayuda a explicar su capacidad para sobrellevar tragedias. La revolución socialista de 1949, además de la nacionalista de 1911, y la notable mejora en la calidad de vida del conjunto de la población, explican la cohesión en torno al Partido Comunista y al Estado, más allá de las opiniones que se tengan de esas instituciones. Por el contrario, dice Zibechi, la división interna que vive la población estadounidense, se conjuga con un gobierno errático, imperial y machista, del que desconfían incluso sus más cercanos aliados[273]. Sin embargo, Zibechi también critica la forma de organización social china, pues el hecho de que China sea la fuente de la economía basada en la farmoquímica, automotriz, aeronáutica, electrónica y telecomunicaciones, no quiere decir que su sociedad sea la más deseable desde el punto de vista de quienes desean una sociedad poscapitalista, democrática y no patriarcal. El control social en China, apunta Zibechi, es asfixiante: desde los millones de cámaras que vigilan a las personas hasta el diabólico sistema de "crédito social" que otorga y quita puntos según el comportamiento correcto de sus ciudadanos, así como la estigmatización y discriminación de las personas LGBTI[274]. Pero, a decir de Zibechi, en el resto del mundo las cosas no van mejor porque resulta que las democracias europeas y latinoamericanas, terminaron copiando los modos chinos de abordar la epidemia de coronavirus, es decir, el dragón chino se convirtió en referente de control social de la población[275]. En palabras de Giorgio Agamben, la idea misma del contagio crea pánico y es la base de todas las disposiciones jurídicas que transforman de hecho a cada individuo en un potencial untador, de la misma manera que las disposiciones jurídicas que se ocupan del terrorismo, consideran de hecho y de derecho a

---

[272] Idem. P. 109.
[273] Zibechi Raúl, A las puertas de un nuevo orden mundial, en AA.VV. Sopa de Wuhan… p. 114.
[274] Idem. P. 116.
[275] Idem.

cada ciudadano como un terrorista en potencia. La analogía, dice Agamben, es tan clara que el untador potencial que no se atiene a las prescripciones es castigado con la cárcel. Y agrega que particularmente invisible es la figura del portador sano o precoz, que contagia a una multiplicidad de individuos sin que uno se pueda defender de él, como uno se podía defender del untador; pero aún más triste que las limitaciones de las libertades implícitas en las disposiciones jurídicas, es la degeneración de las relaciones entre los hombres que ellas puedan producir[276]. Léanse estos criterios conforme a la aplicación que del tipo penal descrito en la sanción del artículo 216 del Código Penal boliviano se hizo durante la pandemia, todos considerados potenciales untadores, peligrosos sociales amenazados con la cárcel si se salía de casa sin la autorización respectiva, cuando en realidad el quebrantamiento de las medidas jurídicas restrictivas de la libertad se debían básicamente a la necesidad de las personas a trabajar para procurarse los medios básicos de subsistencia.

Feminismo y justicia

Otra de las teorías que ha influido de manera directa en el Derecho Penal de corte liberal, es el movimiento social feminista. Según Gargarella, la autora Catharine MacKinnon es la que escribió uno de los trabajos más severos, agudos y radicales que se han presentado al liberalismo en general, y al liberalismo defendido por Rawls, en particular; trabajo que se basa en el enfoque teórico denominado "enfoque de la dominación" que se apoya en la idea de una distribución desigual del poder entre hombres y mujeres, a la vez que objeta la superioridad masculina y la subordinación femenina, que describe la relegación sistemática de un grupo completo de personas a una condición de inferioridad, atribuyéndola a su propia naturaleza. Pero, de acuerdo con MacKinnon, esta subordinación no tiene nada que ver con la biología, o con la diferente forma en que evolucionan los sexos, sino con la política. Concepción que toma como punto de partida la crítica a que el punto de vista masculino sobre la vida social haya construido tanto la vida social como el conocimiento sobre la misma.

[276] Agamben Giorgio, ***b***, en AA.VV. ***Sopa de Wuhan***… p. 32 y s.

Criticas que, según Gargarella, pueden resumirse en cinco tesis principales[277], que nosotros las abordamos desde el proceso de establecimiento y construcción de un nuevo Derecho Penal.

La primera crítica que realiza MacKinnon al liberalismo está dirigida al individualismo que lo caracteriza, puesto que, personas que no tienen otra oportunidad que la de vivir sus vidas como miembros de un grupo, son tomadas como si fueran individuos únicos; y, como miembros de grupos diferentes, las personas pueden sufrir múltiples formas de discriminación que resultan difíciles de discernir desde una posición radicalmente individualista. En consideración de Gargarella, si bien el liberalismo rawlsiano adopta una postura metodológicamente individualista como punto de partida, ésta favorece, más que impide, la defensa de derechos individuales y colectivos porque puede distinguir adecuadamente entre dos situaciones completamente diferentes, y que una teoría de la justicia valiosa necesita distinguir. Por un lado, el liberalismo llama la atención sobre el hecho de que las personas son distintas entre sí y tienen una existencia separada, unas de otras, rechazando así ciertas concepciones colectivistas a las que el feminismo también se opone y debe oponerse, por ejemplo, el liberalismo igualitario sostiene que el derecho de cada uno de los miembros de la familia debe prevalecer por encima de los derechos de la misma familia dentro de la cual puede darse cierta violación de derechos (caso del delito de Violencia Familiar o Doméstica, previsto en el artículo 272 BIS del Código Penal); por otro lado, el liberalismo igualitario no ha tenido mayores dificultades teóricas en defender medidas tales como las acciones afirmativas, reconociendo el hecho de que ser miembro de un grupo particularmente desaventajado puede, también, afectar a ciertos derechos individuales. En ese sentido, dice Gargarella, las mujeres, como miembros de grupos desaventajados, ganan de las dos maneras: como individuos y como miembros de una minoría desfavorecida[278]. En segundo lugar, MacKinnon critica el "naturalismo" que le adjudica al liberalismo, según el cual ciertas características sociales son reducidas a características naturales, es decir, que el

[277] Ob. Cit. Gargarella, ***Las teorías de la justicia…,*** p. 86.
[278] Idem. P. 87.

liberalismo toma como dadas situaciones que son, en verdad, producto de la política o de la dominación masculina. Sin embargo, la teoría de la justicia rawlsiana se basa, dice Gargarella, justamente, en la idea de que las desventajas naturales y sociales no den tomarse como dadas y que instrumentos tales como la posición original o el velo de la ignorancia, dan cuenta de un extraordinario esfuerzo dirigido a no aceptar diferencias construidas socialmente en la toma de decisiones correctas, pues la vocación por no reducir características sociales a características naturales resulta esencialmente distintiva del liberalismo igualitario[279]. Al respecto, más adelante, veremos que esas características sociales y políticas que, según la crítica, son reducidas a naturales por el liberalismo, son asumidas por los jueces precisamente para resolver conflictos jurídicos penales con perspectiva de género. La tercera crítica se orienta al voluntarismo liberal en sentido de que en el liberalismo "la imposibilidad de elegir deviene en elecciones libres". A criterio de Gargarella, esta acusación quiere decir que el liberalismo toma como elecciones irreprochables, elecciones que no debieran ser consideradas de tal modo; por ejemplo, no debiera decirse que, si una mujer golpeada no abandona su hogar por temor a su familia o por falta de recursos económicos, ella "elige" quedarse en el mismo[280]. O, dicho en clave de solución alternativa al conflicto jurídico penal producto de un delito, los acuerdos suscritos entre la víctima y el victimario, no serían acuerdos libres suscritos entre iguales, sino acuerdos suscritos bajo cierto grado de poder y, por tanto, entre desiguales que encubren la violencia hacia la mujer y fomentan la impunidad. En cuarto lugar, MacKinnon acusa al liberalismo por su "idealismo", señalando que dentro de dicha concepción "la realidad material se transforma en "ideas sobre" la realidad". Toma por caso el problema de la pornografía frente a la cual los liberales tienden a adoptar una postura tolerante sin considerar los daños reales, refiriéndose a la misma como una forma particular de discurso, protegida por la libertad de expresión. Sin embargo, Gargarella objeta esta postura señalando que el liberalismo igualitario no toma la pornografía como una forma más de discurso, sino que se

[279] Idem. P. 88 y ss.
[280] Idem.

esfuerza en desentrañar los casos en donde pueden comprobarse, o presumirse con cierta certeza, daños a terceros, distinguiendo casos donde las mujeres y niños son forzados a participar en la producción de material pornográfico, o son objeto de violencia en dicho proceso[281]. La quinta crítica se dirige a acusar al liberalismo por su "moralismo", afirmando que, conforme a dicha postura, las posiciones concretas de poder y carencia de poder resultan transformadas en juicios de valor relativos, respecto de los cuales personas razonables pueden formar preferencias diferentes, pero igualmente válidas. A criterio de Gargarella, tal parece que esta objeción menosprecia la importancia de las posiciones de poder "concretas", siendo indiferente acerca de la radical carencia de poder de negociación, distintiva de ciertos grupos, como el de mujeres. Por el contrario, dice Gargarella, le liberalismo del tipo defendido por Rawls, ha estado particularmente preocupado por la ausencia de poder de los grupos menos poderosos, ya que el tipo de contractualismo defendido por Rawls tiende justamente a otorgar una protección adecuada a la diversidad de grupos e individuos existentes en la sociedad, tengan o no poder concreto[282]. Finalmente, nos interesa la crítica feminista vinculada con la distinción entre la esfera de lo público y lo privado, o lo político y lo personal, defendida tradicionalmente por el liberalismo, es decir, los límites de la acción estatal en su tarea de imponer o prohibir determinados modelos de excelencia humana; como los intentos de alentar o desalentar ciertas prácticas, por ejemplo, la homosexualidad, uso de estupefacientes para consumo personal, el aborto, etc., vinculados con el proyecto de vida que cada uno ha escogido para sí[283]. Es decir, el problema radica en establecer cuáles son los límites de intervención del Estado frente a determinadas acciones llevadas a cabo en la intimidad de la familia u otra institución social y cómo definimos la esfera de lo público y lo privado, por ejemplo, considérense los delitos descritos por la ley N° 348, todos caracterizados como delitos de acción pública.

[281] Idem.
[282] Idem. P. 90.
[283] Idem. P. 94.

Las críticas formuladas al liberalismo en general y al liberalismo defendido por Rawls, en particular, presentadas por MacKinnon y las posibles réplicas ensayadas por Gargarella que en su consideración serían las sostenidas por Rawls, que acabamos de ver, develan que pensamos o solemos pensar que siempre hay alguna esencia detrás de las cosas que aparecen, es decir, detrás de las cosas tal como estas aparecen, se piensa que existen esencias puras. Veamos esta afirmación a partir de la práctica del Derecho Penal.

El Comité de Género del Órgano Judicial y Tribunal Constitucional de Bolivia, el 12 de agosto de 2020 lanzó la convocatoria del tercer Concurso Nacional de Sentencias con Perspectiva de Género. En la publicación de las catorce postulaciones premiadas, se pueden encontrar algunas resoluciones judiciales interesantes que develan, en mi consideración, una pura retórica judicial que en ningún caso contribuyen al fortalecimiento de los derechos humanos desde la llamada perspectiva de género. Veamos alguna de ellas.

El primer caso resuelto judicialmente, está referido a un hecho tipificado como Violencia Familiar o Doméstica e imputado a J.J.A.C., por presuntamente haber agredido físicamente a su ex concubina M.R.H. agarrándola de los brazos, golpeándola contra la pared con patadas y puñetes, llegando a provocarle heridas en la ceja izquierda y a provocarle una incapacidad de 7 días. Cumplida la etapa preliminar de la investigación, el fiscal solicitó homologación de conciliación y consiguiente extinción de la acción penal. Frente a este hecho, el juez a cargo del Juzgado Público Mixto de Familia, de la Niñez y Adolescencia e Instrucción de lo Penal N° 1 de Coroico – Provincia Nor Yungas del Departamento de La Paz, se pregunta si es posible aplicar la salida alternativa de conciliación en procesos penales por delitos de violencia familiar o doméstica, cuando los hechos imputados están relacionados a violencia física; considerando, además, que la víctima pertenece a una población o grupo vulnerable y de atención prioritaria por tratarse de una mujer. En la determinación del derecho aplicable y problemas normativos existentes, el juez hace una relación descriptiva del artículo 15 constitucional, artículos 3.I y 46 de la Ley N° 348 y artículos 327 y 27.7 del Código de Procedimiento Penal, para deducir que si bien se permite aplicar de manera excepcional la conciliación en este tipo de casos, tal excepcionalidad debe aplicarse de manera restrictiva, toda vez que por la naturaleza de estos hechos es más probable viciar la voluntad de la víctima

a tiempo de buscar un acuerdo conciliatorio, esto debido a la desigualdad de condiciones entre las partes, acentuado por el vínculo afectivo y familiar que media entre ellas; razón por la cual, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señaló que "la conciliación en casos de violencia intrafamiliar no es recomendable". En cuanto a la valoración de la prueba, el juez sostiene que el hecho que se investigó llegó a comprometer la vida de la víctima, por cuanto el imputado la agredió físicamente con patadas y puñetes, causándole incluso una herida contusa cortante a nivel de la ceja izquierda y producto de tales agresiones, la víctima mereció 7 días de incapacidad, es decir, que se tratan de lesiones que revistieron gravedad que hacen considerar el riesgo latente para la víctima, por lo que no es aplicable la excepcionalidad prevista en el artículo 46.IV de la Ley N° 348. En el análisis de la perspectiva de género, el juez se lamenta que en los juzgaos de provincia, un gran porcentaje de las causas penales se inician por violencia contra las mujeres y que muy pocos de estos casos llegan a etapa de juicio y que en la mayoría de esos casos los imputados no cuentan con antecedentes penales registrados y, por ello, abogados y fiscales, consideran que las causas no ameritan una sanción. Continua diciendo que la conciliación debe ser excepcional porque no puede aplicarse en aquellos casos que impliquen cualquier tipo de violencia física en contra de las mujeres, pues lo contrario implicaría difundir un mensaje erróneo a la población; es decir, las víctimas asumirían que, así denuncien la agresión sufrida, su agresor no será sancionado; y los agresores asumirían que su conducta no será sancionada, y, por ende, podrán repetirla y liberarse de su responsabilidad persuadiendo a la víctima para llegar a un acuerdo conciliatorio, lo cual generaría un círculo vicioso que podría terminar con la muerte de la víctima. En conclusión, la excepcionalidad de la conciliación, para el juez, incorpora la perspectiva de género[284].

El segundo caso está referido también a agresiones físicas de un hombre en contra de una mujer en reiteradas oportunidades, inclusive por negarse a mantener relaciones sexuales, requiriéndose por parte del Ministerio Público la salida alternativa de criterio de oportunidad

[284] Comité de Género, Órgano Judicial de Bolivia y Tribunal Constitucional Plurinacional, ***Concurso Nacional de Sentencias con Perspectiva de Género, Tercera versión***, Ed. Quatro Hermanos, Bolivia, 2001, pp. 10 a 14.

en base a un documento conciliatorio suscrito entre víctima e imputado; requerimiento que fue rechazado por la juez a cargo del Juzgado Público Civil y Comercial e Instrucción Penal N° 1 de Entre Ríos del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija. Para rechazar dicha salida alternativa, la juez utiliza como argumentos el hecho de que la víctima de agresión es una mujer, por tanto, se encuentra dentro de la población considerada vulnerable; también se apoya en la improcedencia del criterio de oportunidad en caso de reincidencia, que bajo el principio de informalidad no es aplicable los criterios normativos contenidos en el artículo 41 del Código Penal, sino la conducta reiterada de violencia y agresión por parte del imputado; finalmente, analizando el acuerdo conciliatorio, la juez dice que este, al ser solo una copia simple, carece de la fe probatoria y de la eficacia que le asigna el artículo 1297 del Código Civil, y que tratándose de un acuerdo de partes, ambas deben participar de la conciliación en forma libre, esto es sin presiones y con manifestación de voluntad, porque si la mujer se encuentra presionada, la manifestación de voluntad deja de ser libre, por lo que no se cumple a cabalidad la conciliación[285].

Si se observa, ambas resoluciones judiciales que rechazan el requerimiento conclusivo formulado por la representación fiscal, se basan en el criterio de que las mujeres pertenecen a una población vulnerable y que merecen protección reforzada por el Estado y que los acuerdos conciliatorios, por la naturaleza de los hechos y las relaciones personales que median, tales como el entorno familiar, son con probabilidad suscritos en condiciones de desigualdad entre víctimas y victimarios, conjeturando, además, que esas desigualdades podrían viciar la voluntad de la víctima. En la segunda resolución, incluso se llega a derogar el derecho al debido proceso en su componente de la sana crítica en la valoración de la prueba, imponiendo el criterio de la prueba tasada, y, además, se deroga el derecho de presunción de inocencia al tratar la reincidencia con criterios informales, tales como la simple reiteración temporal de las acciones de agresión física; es decir, derechos sustantivos como el derecho penal de acto y derechos procesales como la libertad probatoria, son tratados como meros

[285] Idem. Pp. 74 a 80.

principios que pueden ser derogados cuando la víctima sea considerada perteneciente a una población vulnerable, mientras que en otros casos donde la víctima no tenga esa cualidad, dichos derechos pueden ser tratados como derechos y no como principios, por tanto, inderogables. En palabras de Catharine MacKinnon, tal como se vio, las mujeres como miembros de grupos diferentes, pueden sufrir múltiples formas de violencia y discriminación que resultarían difíciles de discernir desde una posición radicalmente "individualista", es decir, si los jueces que resolvieron los casos antes descritos, tomaran a las mujeres en su "individualidad", difícilmente podrían sostener una razonada resolución judicial de rechazo al requerimiento conclusivo propuesto por la representación fiscal, de ahí que no exista en esas resoluciones judiciales ningún tipo de fundamento objetivo de porqué esas víctimas carecen de libertad. En ese sentido, también en palabras de MacKinnon, el liberalismo se basa en el voluntarismo, pues la imposibilidad de elegir deviene en elecciones libres, es decir, si una mujer agredida físicamente suscribe un acuerdo conciliatorio con su victimario varón, este acuerdo no debiera ser tomado irreprochablemente como libre, o, en palabras afirmativas de los jueces, las mujeres que suscribieron acuerdos conciliatorios con sus agresores, fueron suscritos en condiciones de desigualdad o por cuestiones de su entorno e intersubjetivas, tales como el vínculo afectivo o de familia, por lo que, bajo esa presunción afirmativa, el requerimiento fiscal, como se vio, fue rechazado. Al respecto, considérese el siguiente ejemplo similar al resuelto por los jueces ganadores del concurso de sentencias con perspectiva de género: una mujer profesional médico, con un salario mensual de 20.000 bolivianos, con ingresos económicos extras por su especialidad de neuróloga, con casa propia, auto propio, con capacidad de pagarse vacaciones y ciertos lujos, etc., es decir, con absoluta autonomía personal, pero que en cierto momento de su vida sufre agresión física por parte de su pareja provocándole una incapacidad de 7 días. Por este hecho, decide denunciar a su pareja, pero al cabo de unos días también decide suscribir un acuerdo conciliatorio con su agresor y solicitar al fiscal requiera por la extinción de la acción penal. Entonces, considerando sus circunstancias "individuales" ¿puede un juez considerar a esta mujer como parte de una población vulnerable por el solo hecho de ser mujer? ¿puede un juez presumir que esta mujer suscribió el acuerdo en condiciones de desigualdad por el solo hecho de ser mujer? Y, más aún ¿puede el juez presumir que esta mujer no tiene autonomía y carece de

libertad? Lo que ocurre es que los jueces que rechazaron el requerimiento conclusivo propuesto por el Ministerio Público, asumen que en algún lugar está la esencia de la mujer y del hombre, que define claramente lo que las mujeres deben ser y lo que los hombres deben ser, es decir, las mujeres por ser mujeres pertenecen a la población vulnerable y los hombres por ser hombres no deben llorar, como si estas esencias existieran. Son fallos judiciales de las esencias y no de las existencias. Los jueces en su cabeza piensan en la esencia de las mujeres, para luego hacerlas existir como seres débiles y carentes de libertad que requieren tutela estatal. Pero nadie, menos un juez, pueden pensar en lo que ellas tienen que ser. Criterios que precisamente el movimiento social feminista combate.

Ahora, si volvemos sobre las resoluciones judiciales ganadoras del concurso de sentencias con perspectiva de género, estas sostienen que acoger acuerdos conciliatorios y criterios de oportunidad, básicamente hace que se naturalice la violencia y se dejen impunes los hechos delictivos, pero la verdadera cuestión que aclara este punto es la cuestión de lo público y lo privado, es decir, sobre cuál el límite del Estado para intervenir en un determinado conflicto jurídico penal y coger en sus manos la solución del mismo, o, por el contrario, cuándo el Estado debe retroceder y dejar en manos de los sujetos en conflicto la solución del mismo. Así, si pensamos en base al principio de culpabilidad y al principio de lesividad penal y no en base a pensamientos, reproches de personalidad, valores, estilo de vida y juicios de peligrosidad que resultan incompatibles con la dignidad y autodeterminación de la persona, podemos definir la privacidad como aquella esfera de la vida donde las interacciones humanas sean de cooperación y no causan daños ni perjuicios a terceros; por ejemplo, una acción feminicida conlleva un grado de lesividad fuerte e irreparable, requiriéndose necesariamente la intervención del Estado, mientras que una acción de violencia familiar en su componente físico que tenga como resultado la incapacidad de 3 días y otra acción del mismo género que tenga como resultado una incapacidad permanente, conllevan grados de lesividad menores como mayores, que aún realizados en el ámbito privado de la familia no dejan de ser acciones lesivas, por lo que en el primer caso puede dejarse librado a la voluntad de los sujetos en conflicto la solución del mismo, mientras que en el segundo se requiere la intervención del Estado en todas las etapas del proceso judicial, tal como ocurre tratándose de acciones feminicidas. Véase que la esfera de lo privado y lo público, queda definido por

la naturaleza de la acción, por la naturaleza del bien jurídico tutelado y por el grado de lesividad al bien jurídico tutelado, que autoriza al Estado a intervenir o retroceder cuando está frente a una determinada infracción penal o delito, y, además, permite que la sanción penal, entendida como respuesta estatal frente al delito, sea la estrictamente *racional* como *razonable*, *necesaria*, *útil* y *proporcional* para la resolución de ese conflicto en consideración a los sujetos primarios involucrados en dicho conflicto jurídico penal, e inclusive permite prescindir de la sanción penal cuando ella sea *desproporcionada* con el grado de *lesividad* y la *reprochabilidad* por la conducta. Consiguientemente, razonar en sentido de que un criterio de oportunidad o una conciliación naturaliza la violencia y deja impune los hechos, no son más que criterios basados en sentimientos colectivistas.

Otra corriente de pensamiento social que centró su atención en la cuestión de la justicia y la igualdad, es el marxismo analítico, cuyo rasgo común es el individualismo metodológico, que considera que todas las instituciones, los patrones de pensamiento y los procesos sociales pueden ser explicados en principio en términos de individuos exclusivamente: sus acciones, propiedades y relaciones. Pero el individualismo metodológico no los compromete ni con el presupuesto de que los hombres son egoístas y racionales, ni con la idea de los sujetos como "átomos" con una existencia "presocial"[286]. Y, dentro del instrumental al que habitualmente recurren, se destaca la teoría de la elección "racional", asumiendo que los individuos, en sus conductas corrientes, tienden a elegir el curso de acción que a su criterio es el mejor (el que "maximiza", y no simplemente el que "satisface", sus preferencias) dentro de un abanico limitado de opciones. En principio, explica Gargarella, la acción es considerada racional en tanto y en cuento resulte la preferida por el sujeto en cuestión, de acuerdo con sus deseos y creencias, y teniendo en cuenta la información disponible. Una postura de este tipo, a decir de Gargarella, implica dejar de lado las visiones estructuralistas (conforme a las cuales las alternativas abiertas se reducen sólo a una); u otras concepciones deterministas (que entienden que los individuos no "eligen" sino que sus decisiones vienen predefinidas por

[286] Ob. Cit. Gargarella, ***Las teorías de la justicia…***, p. 102.

tradiciones, hábitos, normas sociales, etc.). Sin embargo, la metodología individualista no está alejada de críticas sobre sus límites, por ejemplo, Elster enfatiza que es muy habitual que la racionalidad de una decisión resulte afectada a partir del modo en que los deseos y creencias en juego fueron "moldeadas". El ejemplo típico, en este caso, recuerda Gargarella, es el de la zorra y las uvas, en el cual la zorra, viendo que no llega a alcanzar las uvas, se termina autoconvenciendo de que éstas estaban verdes. Esto es, termina adaptando sus preferencias a lo que ve como posible, como un modo de reducir "disonancias cognitivas[287]. Dicho en clave de retórica judicial, los jueces despojan a las mujeres de su libertad impidiéndolas elegir el curso de su acción que a su criterio es el mejor y creen que su decisión de poner fin al litigio judicial con base en una conciliación no deriva de una decisión racional por su condición de sometimiento y dominación, naturalizando de esta manera la violencia y promoviendo la impunidad. Dicho de otro modo, les parece extraño que una mujer decida por sí misma el curso de sus acciones, es decir, la perspectiva de género resuelve el conflicto con base a hechos históricos y no a especificaciones del hecho que involucra a sujetos concretos en el conflicto.

Las dos cuestiones que se implican, es decir, criterios de racionalidad y condiciones externas, están relacionadas con criterios de autorrealización y autonomía personal, y, además, en palabras de Raúl Prada Alcoreza, con el comportamiento real de quienes ocupan el complejo mapa institucional del Estado y lo hace funcionar. Así, siguiendo la idea de Jon Elster, Gargarella explica que dentro de la teoría de la justicia marxista, la idea fundamental capaz de constituirse en pilar de la misma, está la noción de *autorrealización*, porque el liberalismo igualitario en particular se afirma a partir del valor de la *autonomía*, que guarda parentesco con la idea de autorrealización, por ejemplo, en *La ideología alemana*, Marx parece suscribir un modelo muy exigente acerca de cuál debiera ser el ideal de la buena vida, o cuál va a ser la forma "natural" de este ideal, en el comunismo[288]. La imagen, explica Gargarella, siguiendo siempre a Elster, es aquella en la que un individuo se dedica a la caza en la mañana,

[287] Idem. P. 105.
[288] Idem.

pesca por la tarde, arrea el ganado al anochecer, y se convierte en crítico después de la cena. Metáfora de la cual se formulan dos de los rasgos básicos de la autorrealización. En primer lugar, el de la completitud de la autorrealización, presentándose para cualquier individuo dos alternativas excluyentes: pretender actualizar todas las potenciales habilidades personales, corriendo el riesgo de frustrarse en casi todos los intentos; o la de intentar desarrollar alguna de estas habilidades en particular, lo máximo posible. Siendo esta última la única posibilidad razonable, con lo cual se descarta el presupuesto de completitud de la autorrealización que algunos pueden querer atribuir a la noción marxista. En segundo lugar, se encuentra el problema de la compatibilidad entre la idea de libertad y la de autorrealización que se relaciona con un posible "perfeccionismo" marxista, en sentido de si ¿se pude obligar a alguien a desarrollar tales o cuales capacidades? Para Elster, dice Gargarella, la respuesta es claramente negativa, ya que en caso de que la opción no sea libremente adoptada por el individuo en cuestión, la misma aspiración de autorrealización resultaría frustrada[289]. En consecuencia, Gargarella sostiene que, una vez formuladas estas primeras aclaraciones, la idea de autorrealización aparecería ligada al libre desarrollo de (algunas) capacidades individuales y que esta es una idea que no parece alejada de habituales reclamos del "liberalismo igualitario". En este sentido, agrega Gargarella, marxistas analíticos y liberales igualitarios aparecerían compartiendo, al menos una misma búsqueda: la de una sociedad que haga posible el desarrollo individual autónomo, liberando a los sujetos de las "cargas" propias de contingencias o meras circunstancias, y permitiendo que estos sean dueños y sobre todo responsables de su propio destino[290].

Esa pretendida jerarquía de la conciencia valorativa de la comunidad, es decir, la búsqueda de una sociedad que haga posible el desarrollo individual autónomo para que las personas sean dueñas y sobre todo responsables de su propio destino, ideal que podemos encontrarlo constitucionalizado en el artículo 9 de nuestra Constitución en cuanto a que el constituyente le ha asignado ciertos fines y funciones al Estado, tales como construir una sociedad justa y

[289] Idem.
[290] Idem.

armoniosa, garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones y los pueblos, garantizar el cumplimiento de los principios, valores y derechos, entre otros, se ve afectado precisamente por el comportamiento real de las personas que ocupan el espacio institucional estatal. Al respecto, Según Raúl Prada Alcoreza, en la historia política de Bolivia, el Estado moderno se ha mantenido en construcción y reconstrucción constante, y forma parte del imaginario liberal y del imaginario nacionalista, así como de los diseños y rediseños de los proyectos, las edificaciones inacabadas y las reformas de modernización. Pero, en esta historia, en la genealogía política del Estado, hay que considerar los recorridos, los circuitos, las estrategias, los socavones, las influencias, las visitas, las salas, los lobbies, las ocupaciones temporales de distintos visitantes, de diferenciadas clases, castas, grupos de poder. Prada, llama a esta configuración dinámica Estado barroco, observando a esta maquinaria jurídico – política, a este complejo mapa institucional, que es el Estado moderno, a partir de los recorridos, los circuitos, las relaciones de poder que lo atraviesan y ocupan perentoriamente, de sus propios fragmentos e intereses, en el tiempo continuo político. Y, agrega que, no se trata tanto del análisis de las formas de gubernamentalidad, sino de las de penetración, ocupación e influencia de distintos grupos y estratos de poder que consiste en todo caso en el ejercicio descarnado del poder, dado en sus formas no institucionales, y cristalizado en las prácticas que denomina de economía política de la coerción; prácticas efectivas, pero no reconocidas formal, legal ni institucionalmente, perspectiva importante para entender el funcionamiento efectivo del Estado, el accidentado accionar de los gobiernos, las desviaciones prácticas de la norma, el sentido atiborrado de las acciones administrativas y, principalmente, el uso retórico de las constituciones y sus formas desfiguradas de aplicación[291].

Para develar ese ejercicio descarnado de poder, nada mejor que remitirnos a casos concretos. Andrés Gómez Vela, ocupándose del caso FONDIOC, escribe: Marco Aramayo fue libre en su valentía, aunque su cuerpo estuvo preso durante siete años por orden de un tirano. Pudo

[291] Prada Alcoreza Raúl, ***Descolonización y Transición***, Ed. Abya – Yala, Quito – Ecuador, 2014, p. 46 y ss.

declararse culpable para salvarse del dolor, pero optó por defender la verdad como Sócrates ante el tirano Critias. Pudo pedir perdón por revelar lo que la "reserva moral de la humanidad" pretendía ocultar y recibir compasión de sus verdugos, pero optó por gritar la verdad hasta el último suspiro como John Liburne en 1638. Un testigo calculó que Liburne había recibido unos 500 golpes, los cuales, como el verdugo empuñaba un látigo de tres puntas, sumaban 1.500 heridas. Aramayo contó conmigo en un papel, con letra legible y buen trazo, los nombres de cada uno de los 84 jueces, 91 fiscales, 6 policías investigadores y 32 técnicos del fondo indígena que conoció en 259 juicios. Como el verdugo controlaba jueces, fiscales y policías, Aramayo fue encarcelado en 50 cárceles en siete años de calvario[292].

Elvira Parra, ex directora del Fondo Indígena, enfrenta 180 causas en diferentes departamentos del país, fue detenida en marzo del año 2015 y tras ocho años de detención le conceden detención domiciliaria, "lo peor de todo es que me privaron de ver crecer a mis hijos", se lamenta Elvira Parra[293].

Es conmovedor el libro *José María Bakovic, linchamiento y muerte de un ciudadano ejemplar,* presentado por el sacerdote jesuita José Gramunt de Moragas, que aborda los atropellos de una irracional administración de justicia sometiéndolo a 43 procesos judiciales hasta causarle la muerte, en palabras de Gramunt "(…) Nos ocupamos del perverso acoso judicial al que fue sometido; de los ciegos, sordos y mudos que vieron pasar el criminal adefesio judicial sin pestañar"[294].

200 expedientes relacionados con procesos disciplinarios en contra de jueces y personal del Órgano Judicial desaparecieron en el Consejo de la Magistratura, según el resultado de una intervención notarial. Procesos disciplinarios a cargo de los consejeros de la Magistratura que conformaban la Sala Disciplinaria[295].

---

[292] Andrés Gomez Vela, artículo de opinión, periódico Los Tiempos, 1 de mayo de 2022.
[293] Periódico El Deber, 22 de marzo de 2023.
[294] Periódico Los Tiempos, 12 de septiembre de 2016.
[295] Agencia de Noticias Fides, 16 de septiembre de 2021.

En mazo del año 2021 se dio a conocer que el TCP por Sentencia Constitucional 0012/2021 declaró la inconstitucional de los procesos en rebeldía, sentencia que se encontraba publicada en el portal del Tribunal Constitucional Plurinacional, luego esta sentencia fue retirada de dicho portal y desaparece. Pero los miembros del Tribunal constitucional nos convocan a cursos sobre derechos humanos.[296]

La crítica de Prada Alcoreza está íntimamente relacionada a la crisis en la administración de justicia en el continuo tiempo político de Bolivia, que ha dado lugar a discusiones tras discusiones sobre qué hacer con la forma de administrar justicia. Una de las propuestas que mayor discusión han suscitado es la de los llamados "juristas independientes", estos prestan directa y casi exclusiva atención a las instituciones justas, descuidando el problema de las sociedades justas que pueden apoyarse tanto en instituciones efectivas cuanto en características reales del comportamiento, que en términos de Prada Alcoreza podemos asociarlas a esas formas de penetración, ocupación e influencia de distintos grupos y estratos de poder que consiste en todo caso en el ejercicio descarnado del poder, y cristalizado en las prácticas que denomina de economía política de la coerción. Dicho de otro modo, se sostiene o se cree que la forma de elección de los magistrados, hará, per se, al Órgano Judicial más justo, aspecto importante pero que no resuelve el problema de la administrar justicia, porque la forma, mecanismos o medios de elección de las máximas autoridades del Órgano Judicial, no hace ni hará que esta institución sea más justa, puesto que, la forma de elección de magistrados no hace que la forma de impartir justicia garantice la máxima libertad de cada persona, tampoco que se garantice la equidad en la distribución de los recursos de carácter general, menos que las oportunidades publicas estén abiertas a todos, sin discriminación por motivos de raza, etnia, casta, religión o afinidad política.

Sobre el carácter real del comportamiento, nos preguntamos qué es aquello que hace que 84 jueces y 91 fiscales, sometan a una persona a 259 procesos judiciales hasta causarle la muerte misma; qué es aquello que hace que jueces y fiscales mantengan a una persona 8 años bajo

[296] Periódico Página Siete, 13 de octubre de 2022.

detención preventiva, privándola de ver crecer a sus hijos, cómo es posible que ocurran estas atrocidades judiciales. **¿**Esto, no es maldad**?** Pregunta que está relacionada con la forma de impartir justicia y con las características reales del comportamiento.

El problema del mal es clásico en filosofía, porque siempre nos cuestionamos por qué los seres humanos somos capaces de acciones abyectas. Ana Arendt, en 1961 escribe *Adolf Eichman en Jerusalén: un estudio sobre la banalidad del mal*, observando el juicio por el holocausto en contra de Eichman, se pregunta **¿**para cometer actos tan abyectos como el genocidio, es necesario también ser abyecto, o los pueden cometer personas normales**?** Así surge la cuestión del mal radical frente a la banalidad del mal.

En estas páginas, Arendt comenta que Eichman no es un ser particularmente maligno ni aterrador, sino simplemente un ser insignificante, que por motivos pequeños y sin importancia, como quedar bien con sus superiores y ascender en su carrera administrativa, realiza actos abominables de los cuales no se siente en absoluto culpable, es decir, motivos banales y gente banal son quienes hacen posible una abominación en un Estado totalitario.

La concepción de Arendt podemos rastrearla en la ontología de Martín Heidegger, en el idealismo kantiano y en la filosofía agustiniana.

Martín Heidegger que distingue entre **DA-SEIN (SER AHÍ)** versus **MAN**, sostiene que el **DA-SEIN** es un ser que tiene proyecto, que tiene responsabilidad moral, que tiene una condición auténtica, que se angustia por la responsabilidad, que habla, es decir, tiene mensaje (serían los jueces probos); mientras que el **MAN** no tiene proyecto, no tiene responsabilidad moral, es un ser inauténtico, tiene temor a la opinión de los otros, simplemente charla para no decir nada, el **MAN** pierde su individualidad, no es persona (ausencia de ser): ergo, los 84 jueces y 91 fiscales que sometieron a Marco Aramayo a 259 procesos judiciales hasta causarle la muerte misma. Entonces, el DA-SAIN es libre, el MAN, no.

San Agustín sostenía que Dios es plenitud de ser, es infinitamente bueno, y nos ha dado la gracia de la voluntad, la libertas, para hacer el bien. Arendt vincula la libertad de San Agustín con la filosofía idealista de Kant, es decir, con la ética kantiana de la voluntad; la libertad de

la voluntad es hacer el bien. Cuando aprendamos a utilizar el imperativo categórico seremos mayores de edad. Así, Kant ya no necesita recurrir a Dios como San Agustín, porque el hombre es un ser racional y puede obligarse a sí mismo. En lugar de hablar de gracia divina, Kant la sustituye por el imperativo categórico convirtiéndonos en jueces de sí mismos, nos hace autónomos.

Volviendo a Eichman, él, en el juicio que se le siguió, fue capaz de repetir el concepto del imperativo categórico kantiano, pero su imperativo categórico se convirtió en el imperativo del Tercer Reich, dejo de ser dueño de sus actos, dejo de ser un ser auténtico para convertirse en un no ser. Los 84 jueces y 91 fiscales que sometieron a Marco Aramayo a 259 procesos judiciales hasta causarle la muerte misma y mantuvieron 8 años de detención preventiva a Elvira Parra, dejaron de ser dueños de sus actos, dejaron de ser seres auténticos para convertirse en no seres, y, dado que siguen cómodamente en sus despachos cumpliendo funciones, me pregunto ¿cuál es su imperativo categórico?

3.5.7.- Marxismo analítico y justicia

Asumiendo el individualismo metodológico propuesto por los marxistas analíticos, podríamos decir que el delito es la acción u omisión racional que, descrita en los términos de la ley penal, acarrea una determinada respuesta jurídico penal expresada en una sanción penal, y que para la resolución de ese conflicto jurídico penal destacaría también la elección racional de los sujetos en conflicto, puesto que los individuos tienden a elegir el curso de sus acciones que a su criterio es el mejor o el más adecuado, aquella solución que maximiza sus pretensiones aunque estas no las satisfagan de manera completa. Sin embargo, estas acciones u omisiones, en tanto racionales, también pueden estar determinadas por factores externos, es decir, sin dejar de ser racionales, cuestiones objetivas de circunstancias personales, económicas, sociales y culturales de la persona infractora de la norma penal, pueden limitar el ámbito de su autonomía o autorrealización; de ahí que estas circunstancias puedan ser tomadas como atenuantes generales y no como eximentes de responsabilidad penal. Del mismo modo, se espera que la respuesta jurídico penal sea también racional por parte de jueces y fiscales, es decir, que tomando criterios objetivos tales como la naturaleza de la

acción, la naturaleza del bien jurídico tutelado, su lesión efectiva o su efectiva puesta en peligro, la mayor o menor gravedad del hecho delictivo, con base al principio de culpabilidad, la respuesta jurídico penal deba ser razonable, necesaria, útil y proporcional para la víctima y el autor del delito. No obstante, de ello, la crítica de Prada Alcoreza resulta ser real, ya que la práctica judicial efectiva también se ejerce bajo formas no reconocidas legal ni institucionalmente, en base a desviaciones de las normas y con el uso retórico de las constituciones y sus formas desfiguradas de aplicación. De ahí que sea necesario construir un derecho penal que tenga como finalidad la racionalización del uso del poder penal, aplicable en lo estrictamente necesario y solo cuando el conflicto jurídico penal no pueda ser solucionado por otros medios menos violentos que el propio derecho penal. Pues, parafraseando a Prada Alcoreza, nuestro horizonte de proyección social y ruta a seguir está marcada por los postulados políticos, sociales y culturales plasmados en la Constitución Política del Estado, para construir una sociedad con plena justicia social.

3.5.8.- La disputa entre comunitaristas y liberales

Por otra parte, tomando en cuenta nuestra concepción del bien jurídico tutelado, entendido de forma relacional social, y, la del tipo penal, entendido como concreción de las complejas y objetivas valoraciones sociales que surgen de las relaciones sociales, sostenida en este trabajo, nos parece interesante la controversia surgida entre comunitaristas y liberales en general, y con el liberalismo igualitario en particular. Tal como explica Gargarella, esta disputa puede ser vista como un nuevo capítulo de un enfrentamiento filosófico de larga data, como el que enfrentaba a las posiciones “kantianas” y “hegelianas”. Mientras Kant aludía a la existencia de ciertas obligaciones universales que debían prevalecer sobre aquellas más contingentes derivadas de nuestra pertenencia a una comunidad particular, Hegel invertía aquella formulación para otorgar prioridad a nuestros lazos comunitarios. Así, explica Gargarella, en lugar de valorar -junto a Kant- el ideal de un sujeto “autónomo”, Hegel sostenía que la plena realización del ser humano derivaba de la más completa integración de

los individuos en su comunidad[297]. En términos del funcionalismo sistémico sostenido por Günther Jakobs, esa integración del individuo a su comunidad se daría en base a contactos normativos, de ahí que la función que Jakobs le asigna al Derecho Penal consista en contradecir por su parte la contradicción de las normas que determinan la identidad de la sociedad, considerando a las personas como portadoras de roles institucionales especiales, autónomas y en esa medida responsables en derecho, que deviene y se debe al proceso histórico social. Criterio emparentado con las concepciones comunitaristas, como se vera en las siguientes líneas.

Una de las disputas entre comunitaristas y liberales igualitaristas, tal como enseña Gargarella, es su concepción de la persona, y que Rawls sintetiza en la idea según la cual "el yo antecede a sus fines", que quiere decir que más allá de su pertenencia a cualquier grupo, categoría, entidad, o comunidad -ya sea de tipo religiosa, económica, social, o sexual-, los individuos tienen (y es valioso que tengan) la capacidad de cuestionar tales relaciones, hasta el punto, aun, de separarse de ellas si es que así lo prefieren. Para el liberalismo no debe asumirse que, por ejemplo, y por el hecho de haber nacido dentro de una determinada comunidad, yo no pueda o no deba cuestionar dicha pertenencia, para optar por fines o metas distintos de los que podrían distinguir a los miembros de mi comunidad. Para el comunitarismo, en cambio, nuestra identidad como personas, al menos en parte, se encuentra profundamente marcada por nuestra pertenencia a ciertos grupos; nacemos insertos en ciertas comunidades y prácticas sin las cuales dejaríamos de ser quienes somos. Dichos vínculos aparecen, así como vínculos valiosos, en cuanto esenciales en la definición de nuestra identidad. La identidad de cada uno, según el comunitarista Charles Taylor, se define en buena medida a partir del conocimiento de dónde se halla uno ubicado, cuáles son sus relaciones y compromisos: con quiénes y con qué proyectos se siente identificado. Y, frente a quienes presentan una idea "vacua" de la libertad, los comunitaristas defienden una idea de libertad "situada" capaz de tomar en cuenta nuestro "formar parte" de ciertas prácticas compartidas[298]. Del mismo modo, el comunitarista

---

[297] Ob. Cit. Gargarella, ***Las teorías de la justicia…***, p. 125.
[298] Idem. P. 127.

Michael Sandel objeta la posición de Rawls conforme al cual las personas escogen sus fines y sus objetivos vitales. Este presupuesto, según Sandel, conlleva una visión descriptivamente pobre del ser humano porque implica dejar de lado una visión más adecuada de la persona, que reconoce la importancia que tiene, para cada uno, el conocimiento de los valores propios de su comunidad, valores que las personas no eligen, sino que descubren, reconocen mirando "hacia atrás", hacia las prácticas propias de los grupos a los que pertenecen[299]. En ese sentido, Montealegre Lynett explica que el Derecho Penal funcionalista normativista califica a las personas como destinatarias de expectativas normativas y titulares de deberes, y en cuanto titulares de derechos, dirige tales expectativas a otras personas, por tanto, persona no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social. Así, persona es algo distinto de un ser humano, un individuo humano; este es el resultado de procesos naturales, aquella, un producto social, y en un sistema de imputación queda excluido que se conciba al destinatario de la imputación antes de la sociedad, sin que esto signifique una desconexión total de la influencia del individuo como tal; por el contrario, el Derecho Penal estructura las expectativas en referencia al individuo, ya no entendido como sistema psíquico, sino como centro de identificación de dichas expectativas[300].

Al respecto, conforme al preámbulo de la actual Constitución Política del Estado, nosotros, el pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, estamos comprometidos a construir un nuevo Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien. Así, el artículo 8.I.II de la Constitución, establece que el Estado asume y promueve como principios ético – morales de la sociedad plural: ama suwa (no seas ladrón) y se sustenta en los valores de solidaridad, reciprocidad, responsabilidad, justicia social, entre otros; y el artículo 9 de la misma Constitución establece que son fines y funciones esenciales del Estado

---

[299] Ídem.

[300] Montealegre Lynett Eduardo, ***Funcionalismo y Normativismo Penal: Una introducción a la obra de Günther Jakobs***, en AA.VV., El Pensamiento Filosófico y Jurídico – Penal de Günther Jakobs, Flores Editor, México, 2007, Pp. 77 y ss.

el garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución. En términos de la crítica del comunitarista Michael Sandel que realiza al liberalismo igualitario, podemos decir que estos profundos vínculos (principios ético – morales y valores) que dan sentido a nuestras relaciones sociales y que nos unen como pueblo boliviano y que definen nuestra identidad, que los descubrimos y reconocemos desde la profundidad de nuestra historia, en sociedades plurales, diversas, complejas, contradictorias y atomistas como las modernas, pueden ser fácilmente cuestionadas y trastocadas por criterios individualistas como colectivistas; dicho en términos de la crítica a la filosofía de la historia marxista, no todas las acciones colectivas e individuales están orientadas al desarrollo y cultivo de tales principios, valores y derechos comunes a la sociedad plural para avanzar hacia el "vivir bien" como paradigma del nuevo orden político y jurídico expresado en la actual Constitución, pues acciones colectivas e individuales tienen también la capacidad de cuestionar el tipo de relaciones económicas, sociales, culturales, sexuales, etc., relaciones sociales que tienen un componente ético – moral y axiológico; de ahí que esté justificado la vigencia plena del sistema coercitivo jurídico penal, en sus dos componentes: como sistema de racionalización del poder punitivo del Estado y como sistema de gestión del conflicto jurídico penal, en el marco de los principios, valores, derechos, garantías y deberes previstos en la actual Constitución Política del Estado, que es lo que en concreto se propone en este trabajo.

Lo dicho también puede ser abordado a partir del desarrollo legislativo en lo que va del Estado Plurinacional de Bolivia. El Estado patrimonialista que se ha desarrollado y cimentado desde la República, nos muestra que, en casos de corrupción, no existen acciones corruptas de personas de derecha o izquierda, de raza blanca o negra, indios o mestizos. La corrupción es corrupción. La ley N° 1390, que paradójicamente lleva como título "Ley de Fortalecimiento para la Lucha contra la Corrupción", en su artículo 2 define el grave daño económico como **"…**la afectación económica ocasionada al Estado, cuyo detrimento sea igual o superior a siete millones de bolivianos, o cuando la afectación sea producida por la Máxima Autoridad Ejecutiva o ex Máxima Autoridad Ejecutiva de una Entidad o Empresa Pública**"**. Del mismo modo, esta ley ha introducido, en todos los delitos de corrupción, el criterio objetivo de lesividad, es decir, ha modificado el carácter formal de estos delitos en

materiales, donde se debe acreditar el grave daño económico al Estado. Y, además de ello, ha introducido la figura de la justicia restaurativa. En consecuencia, según los criterios normativos de la ley N° 1390, podemos decir que: como las acciones corruptas son actos racionales, los corruptos actúan como cualquier operador de banca, si los actos son descubiertos se procede a reparar el daño expresado en moneda, si no son descubiertos el dinero público beneficia al sujeto improductivo económicamente hablando en desmedro de las posibilidades de desarrollo de la vida de los destinatarios de dichos recursos (ideología utilitarista individualista). Por otra parte, según el formalismo jurídico, existe un criterio de corrección de las normas jurídicas, es decir, resolver un caso de corrupción por inexistencia de grave daño económico al Estado, en base a justicia restaurativa, que no es otra cosa que la conciliación, se considera justo (ideología formalista positivista del derecho). Entonces, en Bolivia es más grave matar a un perro (ideología animalista), que ser corrupto. Dicho, en términos del funcionalismo normativo, las instituciones jurídicas en cuanto expectativas normativas, condicionan el comportamiento de los jueces y fiscales como también las prácticas sociales (la ley es la ley), impidiendo el cultivo pleno de los principios, valores y derechos en la aplicación del Derecho, es decir, desde el punto de vista temporal, espacial y social, las instituciones jurídicas se consideran válidas por presuponer consenso social, entonces: la acción corrupta que defrauda una expectativa normativa que causa grave daño económico al Estado, acarrea una determinada sanción que sirve para reafirmar la vigencia de la norma jurídica defraudada; mientras que una acción corrupta que defrauda la misma expectativa normativa pero que no causa grave daño económico, no requiere necesariamente una respuesta jurídica penal expresada en una sanción penal, sino que pude ser derivada a justicia restaurativa promoviendo la autonomía de la voluntad de las partes y privilegiar su protagonismo mediante la autocomposición, siempre que no exista un interés público superior comprometido. Nótese que las relaciones económicas aparecen claramente mediadas por normas jurídicas y la relación entre la teoría de la pena y la categoría dogmática de la culpabilidad, aparece dada por el “deber de actuar conforme a Derecho”, es decir, por la “infracción del deber normativo”, desapareciendo el juicio de reprochabilidad cuando matemáticamente no se causa grave daño económico al Estado o no exista un interés público superior comprometido. No obstante, de ello, recuérdese que en la base filosófica del

funcionalismo normativo propugnado por Jakobs se reconoce que persona es un producto social, y que en un sistema de imputación queda excluido que se conciba al destinatario de la imputación antes de la sociedad; por tanto, lo que se discute aquí es que las relaciones sociales, sean estas de tipo interpersonal, económico, cultural, político, etc., tienen un componente ético – moral y valorativo, que determinan la configuración de determinados bienes jurídicos que se consideran indispensables para el desarrollo de las personas y para el desarrollo de la sociedad en su conjunto, por lo que la *lesión* a esos bienes jurídicos y la *reprochabilidad* por la *conducta* que habilitan la imposición de una sanción penal o cualquier otro medio alternativo de solución del conflicto jurídico penal, debe estar en función del tipo de *relación* concreta de los sujetos en conflicto con esos bienes jurídicos, por ejemplo, mil bolivianos para determinada persona pueden significar educación y salud, mientras que para otra persona puede significar diversión. Nótese que en este criterio valorativo objetivo confluye un criterio ético - moral y los principios de derecho penal de acto, lesividad, proporcionalidad, culpabilidad, necesidad y utilidad, como criterios de racionalización del uso del poder punitivo del Estado. Así, si consideramos que la corrupción es un crimen contra la comunidad, la sanción privativa de libertad será necesaria por ser la conducta lesiva y reprochable, será también proporcional porque esa sanción es la mínima posible en consideración a la falta de otro tipo de sanciones o respuestas adecuadas al hecho, y, será útil porque el principio material de desarrollo de una saciedad, es decir, el desarrollo de la vida misma en comunidad, está relacionada con la distribución y redistribución de los bienes económicos. En palabras de Amartya Sen, somos seres finitos, no infinitos, por tanto, tenemos pretensiones de justicia, no la verdad sobre la justicia misma, y, en clave del valor justicia positivizado en la Constitución Política del Estado, de lo que se trata es de observar cómo se manifiesta la justica en la gestión del conflicto jurídico penal, no en saber qué es la justicia. Sin embargo, la postura sobre la que se avanza en este trabajo, no se refiere a una posición de mera moralidad, sino a un proceso histórico de transmisión cultural, social y técnica de donde surge el criterio de valoración, que tiene que ver mucho más con el tipo de relación social concreta para deducir lo que para el sujeto en conflicto puede ser bueno o malo en términos de maximización de sus necesidades. Entonces la pregunta a responder es

si el sujeto en conflicto está o no satisfecho con el tipo de solución dado al conflicto, pues este sujeto es uno dinámico, mutable y flexible.

Por otra parte, dentro de las concepciones de la justicia propias de los comunitaristas, la crítica que estos dirigen al liberalismo se centra en su idea de justicia basada en principios universales, abstractos y ahistóricos, en vez de nutrirse de nuestras prácticas comunes, porque según los comunitaristas, no es posible salirnos de nuestra propia realidad en busca de aquellos principios ideales, puesto que, cada comunidad evalúa sus bienes sociales de manera diferente, y la justicia aparece en la medida en que esas evaluaciones tienen relevancia, y son las que dominan las distribuciones de derechos y de recursos que la sociedad en cuestión lleva a cabo, es decir, reconocer el distinto *significado* que tienen bienes diferentes para entender cómo hemos de distribuir y proteger tales bienes, quienes deban hacerlo y por qué razones[301]. Por ello, se torna mucho más interesante el entendimiento que Michael Walzer tiene sobre la justicia, quien sostiene que diferentes bienes sociales deben ser distribuidos por diferentes razones, de acuerdo con procedimientos diferentes y por agentes diferentes; y todas estas diferencias derivan de diferentes entendimientos de los mismos bienes sociales por ser el producto inevitable del particularismo histórico y cultural, pues los autores liberales parecen no tomar en cuenta el hecho de que ciertas comunidades pueden menospreciar los bienes que en tales propuestas se propone distribuir; o pueden considerar que tales bienes deben distribuirse de acuerdo a pautas no necesariamente igualitarias; o pueden entender, aún, que todos los bienes en cuestión deben distribuirse de acuerdo a principios idénticos. De ahí que se sostenga que Walzer defienda una noción "compleja" de igualdad, según la cual cada bien debe distribuirse de acuerdo con su propio *significado*; noción que se contrapone a una idea "simple" de la igualdad, según la cual lo que la justicia requiere es la mejor distribución de algún bien determinado, por ejemplo, distribuir mejor el dinero[302]. Sin embargo, como se dijo precedentemente, en la sociedad actual, ya ni siquiera puede hablarse de comunidad en sentido estricto que tenga la capacidad de evaluar sus bienes en un

[301] Ídem.
[302] Idem.

determinado sentido y distribuirlos de acuerdo con su propio significado dado por esa comunidad, pues, el sujeto actual ya no es uno dado, socialmente determinado e ideológicamente consistente, sino uno dinámico, mutable y flexible, incluso la configuración cognitiva de las personas está determinada por necesidades y carencias, por la pregunta constante de si se es feliz o no se es feliz y no por valores como la solidaridad, igualdad, equidad social, etc. Entonces, en términos del funcionalismo normativista sostenida por Jakobs, qué podría estabilizar el sistema llamado Derecho Penal.

Ahora, considerando la *cualidad* y *significado* del bien jurídico, que surge o se manifiesta objetivamente de forma *relacional social*, y el tipo de acción u omisión que lo lesiona, surge el problema de la "neutralidad" estatal, entre lo público y lo privado, que, según el liberalismos igualitario, tal como explica Gargarella, no debe ser asociada con programas políticos consistentes en la "inactividad estatal", porque la idea de neutralidad defendida por el liberalismo igualitario no solo es compatible con, sino que exige, una amplia intervención del Estado en la regulación de la vida de la comunidad, activismo estatal que se exige en nombre de la justicia que implica que el sistema institucional -en su totalidad- se oriente a reducir la influencia de los azares de la naturaleza en la vida de cada persona. Del mismo modo, continúa explicando Gargarrella, el pensamiento liberal igualitario ha demostrado una férrea resistencia frente a ciertas demandas comunitarias reafirmando su rechazo a determinadas intervenciones estatales amparadas por el comunitarismo en materia de moral privada, manteniendo el principio según el cual un Estado justo debe respetar todas las diversas concepciones del bien compatibles con ciertos básicos principios de justicia, rechazando la posibilidad de imponer o prohibir ciertos ideales personales en nombre de una concepción comprehensiva acerca de lo bueno. En suma, el liberalismo igualitario mantiene la defensa del principio de "separabilidad de las personas" rechazando el principio utilitarista conforme al cual se debe tomar a las personas como independientes y separadas entre sí, y no como formando parte de un cuerpo común, principio que posibilita condenar aquellas políticas capaces de sacrificar a algunos individuos en nombre del resto, o en nombre de un

alegado "bien común"[303]. Por su parte, los comunitaristas sostienen que defender tal postura es ignorar que los individuos sólo pueden crecer y autorrealizarse dentro de cierto contexto particular, pues los individuos no son autosuficientes por lo que requieren de la ayuda y del contacto con los demás, y, en un sentido aristotélico, sin la existencia de un determinado contexto social el hombre no puede afirmar su "autonomía moral", no puede formar las "convicciones morales" en las que pone su atención el liberalismo[304], aspecto que guarda relación con el distinto significado que pueden tener bienes diferentes para personas pertenecientes incluso a una misma comunidad. Pero, tampoco podemos dejar de tomar en cuenta que, como se dijo, la configuración de las actuales sociedades está más ligadas a sensibilidades, a pretender encontrar la felicidad, a preguntase sobre qué es una vida bella y satisfactoria, más que a buscar el bien, es decir, vivimos una vida con base en la eficiencia y la competitividad que provoca estrés, pánico depresión, angustia e infelicidad, donde estas características se tornan en estímulo del consumo para superar esos estados. De ahí que, si la riqueza se asocia a la acumulación, la vida se torna en carencia que provoca angustia, la angustia hace que nos inclinemos a la acumulación y la acumulación provoca un estado de felicidad y satisfacción. Así, el capital se vale de la nueva configuración cognitiva social que permite su circulación ilimitada. Desaparece la alteridad, el otro es inexistente, los valores son desconocidos y los principios de lesividad y reprochabilidad se tornan en institutos que impiden el flujo de capitales.

Consideremos un acto de corrupción por el cual un servidor púbico se hace de un millón de bolivianos o el atropello de un perro por inobservancia del deber de cuidado del conductor del vehículo. La culpabilidad es presupuesto de la sanción penal y esta se determina con base en la lesión al bien jurídico y al grado de reprochabilidad por la conducta; pero, como se tiene dicho, según la ley N° 1390, hacerse de un millón de bolivianos no se considera grave daño económico al Estado, por lo que el conflicto jurídico puede ser resuelto a través del instituto de la justicia restaurativa, haciendo que desaparezca el juicio de lesividad y reprochabilidad

[303] Idem.
[304] Idem

por la conducta, que no es otra cosa que el triunfo del capitalismo sobre los principios, valores, derechos y deberes sobre los que se sustenta el Estado Plurinacional de Bolivia, y, además, devela el cambio cultural al cual estamos asistiendo; dicho de otro modo, el conflicto se resuelve con base a una supuesta cultura de paz y el sistema jurídico penal aparece como eficiente y eficaz frente al conflicto, y, además, el mismo sistema exige que los sujetos en conflicto sean eficientes, eficaces y competitivos. En el caso del atropello al perro por un conductor de un micro, el juicio de reprochabilidad se basa en un determinado estilo de vida, de afecto y sentimiento a los perros y no en la conducta del autor[305], que también refleja el cambio cultural social. Aquí, cobra relevancia la advertencia hecha por Carlos Santiago Nino, en sentido de que, si bien la dogmática es una técnica que permite reformular las normas penales en base a concepciones teóricas generales, como la de la acción y la del tipo, que permiten justificar soluciones dogmáticas originales; esto no implica una reformulación del sistema jurídico, sino que constituye simplemente una reclasificación que facilita la comunicación jurídica. Pero esta actividad, advertía Nino, puede convertirse en una técnica no reconocida de modificar el sistema legislativo, si no se advierte que el significado del término, con el que se nombra a la clase formada con las distintivas subclases descritas en el tipo, abarca estrictamente las conductas a las que el legislador se refiere. Precisamente, en el caso de la condena al chofer de micro, ocurrió lo que Nino advirtió, no se tuvo en cuenta el significado de los términos "ensañamiento" y "alevosía" que aparecen en el tipo penal de Biocidio en base a la teoría de la acción penal, constituyéndose, esa sentencia, en una actividad de reformulación legislativa.

[305] El 12 de abril de 2023, con el titular "Sentencian a 3 años de prisión a un micrero que atropelló y mató a un perro", el periódico Página Siete informa que el señor Cándido C., conductor de un micro que atropelló y mató a un perro en la zona de La Cuchilla, en la ciudad de Santa Cruz, recibió la condena de tres años de detención por el delito de Biocidio. No obstante, por ser de la tercera edad y no tener antecedentes, no irá a la cárcel. Sin embargo, el tipo penal de Biocidio descrito en la sanción del artículo 350 TER del Código Penal boliviano, exige que en la conducta se observe alevosía y ensañamiento y no la infracción a un deber objetivo de cuidado, es decir, el tipo penal es doloso, por lo que la conducta del señor Cándido es atípica, por tanto, no reprochable, aspecto que devela que la condena se base en un juicio de afecto y sentimiento hacia los perros.

Ahora, si consideramos las teorías de la sanción penal y tratamos de resolver los dos ejemplos propuestos en base a esas teorías, podemos decir que la acción corrupta del servidor público que se apropia de un millón de bolivianos, no le interesa a la teoría absoluta, represiva y retributiva, pues no le parece que el hecho ilícito sea grave, por tanto, el juicio de reproche es mínimo y no tiene sentido retribuir el hecho con una determinada sanción, por lo que el caso puede ser remitido a la justicia restaurativa para resolver el conflicto jurídico penal conforme a la cultura de paz. Desde el punto de vista de la teoría preventiva general y especial, la cuestión se complica porque de lo que se trata es que a través de la sanción penal se intimide a los potenciales corruptos para evitar actos de corrupción, reestablecer la vigencia del orden jurídico quebrantado, resocializar al autor del delito y con ello evitar que en el futuro vuelva a delinquir, por lo que la magnitud de la sanción penal que se fundamenta en la gravedad de la ilicitud y la culpabilidad del autor, debe ser adecuada a los fines y funciones que se le han asignado a la sanción penal; pero, en consideración de la gravedad de la ilicitud, surge la cuestión de si es posible desconocer esos fines y funciones y remitir el caso a la justicia restaurativa, y, conforme a la ley N° 1390, resulta que como la acción corrupta de apropiarse de un millón de bolivianos no se considera grave afectación al Estado por no ser igual o superior a siete millones de bolivianos, no queda más que resignarnos a creer en la justicia de paz por medio de la justicia restaurativa. El problema es que este criterio hace que se pierda la relación entre la realidad social boliviana y los juicios valorativos normativos. La cuestión pude ser distinta si el bien jurídico “Función Pública” es considerado desde el punto de vista de su *relación social* y *significado* que la administración de la cosa pública tiene con el destinatario de los recursos públicos estatales como condición de desarrollo de vida en cuanto fundamento de la punibilidad. Entonces, de lo que se trata o lo que se propone, según el caso concreto, es de considerar la magnitud de la sanción penal más allá o más aquí de la gravedad de la ilicitud del hecho y de la culpabilidad, sin desconocer el principio de culpabilidad como límite de la sanción penal. Como se observa, aquí hay un interés político que se encuadra en la Constitución Política del Estado en cuando a los fines y funciones que esta le encarga cumplir al Estado, interés político que debe insertarse en la valoración jurídica del juez a tiempo de considerar las funciones de la sanción penal al momento de dictar la sentencia penal. Con relación al atropello del perro y la sanción de tres

años de privación de libertad al conductor del micro, ya se dijo que los principios comunes que dan sentido a nuestras relaciones sociales y que nos unen como pueblo boliviano y que definen nuestra identidad, que los descubrimos y reconocemos desde la profundidad de nuestra historia, en sociedades plurales, diversas, complejas, contradictorias y atomistas como las modernas, pueden ser fácilmente cuestionadas y trastocadas por criterios individualistas como colectivistas, es lo que ocurrió con la sentencia en contra del conductor del micro, sentencia que se basa en sentimientos y afectos, por lo que en este punto podemos decir que la construcción del Derecho Penal que se propone, sea uno que racionalice el uso del poder punitivo del Estado, aplicable cuando el conflicto jurídico penal no pueda ser solucionado por otros medios menos violentos y cuya respuesta jurídico penal tenga como fundamento la lesión o la puesta en peligro efectivo al bien jurídico tutelado y la culpabilidad, y, además, avanzar más allá de los criterios retributivos y preventivos de la sanción penal que tenga como centro el conflicto jurídico y los sujetos en conflicto, de tal manera que el Derecho Penal se constituya en un instrumento de posibilidad de cambio social en la ruta propuesta por la Constitución Política del Estado.

3.5.9.- El pensamiento republicano y la justicia

En el sentido propuesto, del pensamiento republicano nos interesa resaltar su dimensión de defensa de ciertos valores para el logro de las libertades personales, tales como la igualdad, la honestidad, el patriotismo, el amor a la justicia, la nobleza, la solidaridad, la laboriosidad, y, en general, el compromiso con los demás, que, de acuerdo con Maquiavelo, este compromiso con los demás podía llegar al extremo de requerir que cada ciudadano luchase y diese la vida por el bien común. Frente a tales valores, los republicanos contrapusieron otra larga lista de males sociales y vicios de conducta, tales como el egoísmo, el orgullo, la corrupción, la ambición y actitudes opresivas de los gobernantes; y, conforme a Pocock, la comunidad debe representar una perfecta unión de todos los ciudadanos y todos los valores dado que, si fuera menos que eso, una parte gobernaría en el nombre del resto consagrando así el despotismo y la corrupción de sus propios valores. El ciudadano debe ser un ciudadano perfecto dado que, si fuera menos que eso, impediría que la comunidad alcanzase la perfección y tentaría a sus conciudadanos hacia la injusticia y la corrupción. La negligencia

de uno solo de tales ciudadanos, así, reduce las oportunidades de todo el resto, de alcanzar y mantener la virtud, dado que la virtud aparece ahora politizada; consiste en un ejercicio compartido donde cada uno gobierna y es gobernado por los demás[306]. Por ello, para comprender los verdaderos y más preocupantes alcances de las demandas del republicanismo, explica Gargarella que resulta razonable, para dicha concepción, disponer el aparato coercitivo del Estado, directamente, para el culto de ciertas virtudes y el desaliento de otras. Esto es, para el republicanismo resulta aceptable que el Estado se comprometa activamente con ciertos modelos de excelencia humana, que se constituiría en el núcleo que desafía a la corriente política liberal[307], que, como se tiene dicho, considera que la forma en que se organiza la política, la economía, la educación, en una sociedad justa, debe ser compatible, en principio, con la posibilidad de que las personas adopten por cualquier modelo de virtud personal que consideren adecuado. Podría incluso defenderse, dice Gargarella, la idea de que las instituciones se orienten, fundamentalmente, a hacer posible que las personas puedan optar por el modelo de vida que prefieran. Entre una y otra concepción, la cuestión radica en que, para el republicanismo, la moral de los individuos resulta una cuestión pública; mientras que, para el liberalismo, la moral es una cuestión privada[308].

No resulta, entonces, una ligereza o una desatención que el constituyente boliviano del año 2008, en los artículos 1 al 11 de la Constitución Política del Estado, en cuanto al tipo de Estado y la forma de gobierno, se refiera indistintamente con los términos: Estado, Nación y República, proclamando que el Estado se sustenta en los valores de: unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, transparencia, justicia social, entre otros, valores que son comunes a la sociedad boliviana. Consiguientemente, no resulta contrario a la sociedad plural boliviana, emprender la tarea de construir un Derecho Penal cuya respuesta jurídico penal al conflicto jurídico emergente de la infracción penal, considere, como presupuesto, no solo la gravedad del hecho y la culpabilidad como criterio

---

[306] Ob. Cit. Gargarella, ***Las teorías de la justicia…***, Pp. 164 y 165.
[307] Idem. P. 171.
[308] Idem.

de medición o límite máximo de la sanción penal, sino también en ciertos principios como los de *proporcionalidad*, *necesidad*, *idoneidad*, *racionalidad*, *utilidad* y *exigibilidad*, como criterios justificantes de la intervención del Derecho Penal en la solución de un determinado conflicto jurídico penal. Dicho con el ejemplo del acto de corrupción, en la realidad social boliviana donde predomina la actitud patrimonialista que del Estado tiene el servidor público que lo inclina a optar por una vida de acumulación por desposesión, criterio individualista que niega la posibilidad de promover y cultivar los principios y valores comunes sobre los que se sustenta el Estado Plurinacional de Bolivia y que repercute en el ejercicio material de los derechos de cada persona en tanto ser individual y social; por tanto, el criterio de magnitud de la sanción penal adecuada a la gravedad del hecho ilícito y a la culpabilidad, se constituye en un criterio normativo valorativo, mientras que los principios de proporcionalidad, necesidad, idoneidad, racionalidad, utilidad y exigibilidad para considerar la respuesta jurídico penal ante el acto de corrupción, se constituyen en criterios empíricos políticos que acercan al Derecho Penal a la realidad social boliviana. Dicho de otro modo, es necesario que el Derecho Penal intervenga racionalmente en todo acto de corrupción imponiendo sanciones por ser útil para el bien común, condición básica para el desarrollo de la vida individual de cada persona en libertad e igualdad, etc., en términos tanto de liberales, liberales igualitarios, comunitarios, republicanos e incluso marxistas analíticos. Dicho en otras palabras, la sola gravedad del hecho (un millón o siete millones de bolivianos), núcleo de la ley N° 1390 en casos de corrupción, no puede constituirse en el único criterio para que el poder punitivo del Estado retroceda en casos de corrupción y deje librado en manos de los sujetos en conflicto la solución del mismo por medio de la justicia restaurativa con base en la cultura de paz para lograr la paz social. Pero ¿qué es paz social? para los cultores del Estado mínimo en delitos de corrupción, y ¿qué es paz social? para los cultores del Estado interventor en delitos de género. De ahí que, como se dijo, si examinamos cuidadosamente la realidad social boliviana nos encontramos frente a varios casos de corrupción, por lo que la sanción penal como respuesta a ese fenómeno social se considera *racional* por ser una realidad; será *idónea*, porque la sanción penal está vinculada a esa realidad social cuyo fin será, al menos, lograr disminuir los actos de corrupción; será también *necesaria*, porque entre las diversas respuestas o tipos de sanciones, no existe otra sanción menos gravosa que la privación de

libertad para alcanzar los fines y objetivos que la Constitución le encarga al Estado, entre ellos el cultivo de los derechos y valores, por ejemplo, el derecho a la salud y educación en base a la administración transparente y honesta de los recursos económicos que permita su justa redistribución para materializar esos derechos, principio básico de un Estado Social de Derecho; y, además, será *útil*, en sentido de una tecnología de gobierno y no como mera ideología, para alcanzar el bien común; finalmente, será *proporcional* porque ingresa en consideración la correspondencia entre el tipo o clase de sanción con la lesión o gravedad del hecho y la reprochabilidad por la conducta, pero también la consideración de qué tipo o clase de sanción, empíricamente fundada, se considera necesaria, idónea y útil a los fines y objetivos comunes de una determinada sociedad.

Entre esa correspondencia de factores normativos y empíricos, ingresa también la cuestión fundamental de los *sujetos en conflicto*, esas personas que viven y sienten el conflicto de manera directa, que nos remite a pensar cuál la solución justa del conflicto desde la posición misma de esos sujetos en tanto individuos, pero siendo parte de una concreta sociedad, es decir, pensar en la actitud de los sujetos frente al conflicto primario con base en su relación con el Bien Jurídico protegido por el Derecho Penal. Al respecto, tomemos en cuenta los periodos de elaboración y reelaboración teórica de Rawls. En primer lugar, conforme explica Gargarella, en la "teoría de la justicia" de Rawls se asumía que todos los miembros de una misma comunidad aceptaban la misma concepción de la justicia y, según parece, la misma doctrina abarcativa, como si aquella fuera necesariamente una parte o una derivación de esta última: la "teoría de la justicia", así presentada, presuponía un ideal "iluminista" conforme al cual se podía esperar el hallazgo de una doctrina filosófica que fuera capaz de decirnos qué conductas son correctas y cuáles no, y que fuera, a la vez, capaz de ser reconocida por cualquier persona que razonase del modo adecuado[309]. Ergo, la filosofía kantiana que da fundamento a la pena retributiva considerada justa porque mira el hecho del sujeto infractor de la norma penal, responde con la sanción penal en esa medida y evita su

[309] Idem. P. 194.

instrumentalización. En segundo lugar, conforme enseña Gargarella, Rawls en su posterior obra, *Liberalismo Político*, rechaza aquella aspiración iluminista por considerarla ambiciosa y poco realista porque no reconoce algunos hechos generales que no pueden dejar de tomarse en cuenta a la hora de construir una concepción de la justicia adecuada; y, entre esos hechos generales, que interesan al objeto del presente trabajo, están: la enorme diversidad de doctrinas abarcativas, es decir, aquellas que incluyen concepciones acerca de lo que es valioso dentro de la vida humana, por ejemplo, ideales de virtud y carácter personal, tales como doctrinas religiosas, filosóficas, etc.; el hecho de que la única forma de asegurar el permanente respaldo general hacia una de esas doctrinas abarcativas, es a través del uso opresivo de la fuerza estatal; el hecho de que un régimen democrático, para ser duradero, debe contar con el libre y voluntario apoyo de sus ciudadanos políticamente activos; y la convicción de que la cultura política de una sociedad democrática razonablemente estable normalmente contiene, al menos de modo implícito, ciertas ideas intuitivas fundamentales a partir de las cuales es posible elaborar una concepción política de la justicia[310]. De todos esos datos, siempre según Gargarella, hay uno que llama la atención: el "hecho del pluralismo razonable", que pretende llamar la atención sobre la circunstancia de que las sociedades modernas no se caracterizan meramente por el hecho de un pluralismo de doctrinas religiosas, filosóficas y morales abarcativas, sino más bien por un pluralismo de doctrinas incompatibles entre sí, pero, aun así, "razonables". Con esto, explica Gargarella, Rawls quiere dar cuenta del hecho de que las personas muchas veces diferimos radicalmente en relación con nuestras convicciones más básicas, pero lo hacemos, sin embargo, a partir de nuestra adhesión a concepciones "razonables" y no necesariamente, por ejemplo, a partir de nuestro dogmatismo, o a partir de una cerrada irracionalidad que nos impide reconocer ciertos datos incontrastables de la realidad. Agregando que, el "hecho del pluralismo razonable" no constituye un mero hecho histórico, capaz de perder significación de un día para el otro. Más bien, el mismo aparece como "un rasgo permanente de la cultura política de la democracia", un hecho con el que debemos contar, y que se deriva de los *límites naturales del conocimiento*

[310] Idem.

humano. Estos "límites naturales de la razón", llevan a que las personas difieran, razonablemente, en muchas de sus convicciones básicas. Como ejemplos de estos "límites naturales", Rawls hace referencia, nos dice Gargarella, a la complejidad habitual de las evidencias empíricas y científicas frente a un mismo caso; a las dificultades para sopesar adecuadamente tales evidencias, aun cuando coincidiéramos en la determinación de las mismas; la vaguedad que es propia de todos los conceptos (políticos, morales, etc.) que utilizamos; nuestra tendencia a evaluar las evidencias y valores a los que nos enfrentamos, de modo distinto, a partir de nuestras propias vidas y experiencias particulares, etc.[311]

Frente al problema de la estabilidad de una cierta concepción de justicia y frente a la constatación de que las actuales sociedades modernas se caracterizan y distinguen por la presencia de un "pluralismo razonable" de concepciones del bien, Rawls considera aun, que es posible construir una concepción de justicia compartida y que funcione, proponiéndose sobrepasar los desacuerdos entre la multiplicidad de doctrinas existentes, e identificar las bases posibles de un acuerdo suficientemente amplio y profundo como para abarcar principios sustantivos e incluir concepciones de la persona y la sociedad, aclarando que su concepción política de la justica es una concepción moral, pero elaborada en relación con un objeto más específico: las instituciones políticas, sociales y económicas, es decir, se trata de una concepción que se refiere a la estructura básica de la sociedad, y no se extiende, por ejemplo, a normas acerca de nuestra conducta personal o ideales de vida. Para ello Rawls, introduce la categoría del "consenso superpuesto" que consiste en un acuerdo entre personas razonables, que sólo aceptan doctrinas abarcativas razonables. En ese sentido, el "consenso superpuesto", explica Gargarella, aparece como la única forma de permitir que, en un contexto "pluralista", cada individuo se llegue a adherir a la concepción pública de la justicia: dicho consenso sólo puede ser alcanzado una vez que la concepción pública en cuestión aparece como razonable o, aun, como verdadera, a los ojos de todos[312]. Del mismo modo, el "consenso superpuesto" se distingue del mero modus vivendi, en que este es lo

[311] Idem. P. 195.
[312] Idem. Pp. 196 y 197.

suficientemente profundo como para abarcar ideas tales como las de que la sociedad constituye un sistema cooperativo equitativo y las personas son consideradas libres e iguales, razonables y racionales; es suficientemente amplio como para extenderse sobre todas aquellas cuestiones vinculadas a la estructura básica de la sociedad; y se encuentra concentrado sobre una específica concepción política de la justicia, como puede serlo – o no- la concepción de justicia como equidad; y, además, este "consenso superpuesto", a diferencia del consenso constitucional seria, mucho más profundo y amplio, porque el consenso constitucional no alcanza a principios sustantivos, ni se base en ciertas ideas acerca de la sociedad y las personas, ni implica haber alcanzado una concepción pública compartida, por ejemplo, el consenso constitucional garantiza ciertos derechos y garantías y establece ciertos procedimientos electorales, orientados a moderar los enfrentamientos políticos dentro de la sociedad, pero no es suficiente para alcanzar consenso sobre la justicia[313]. Finalmente, Gargarella explica que el "consenso superpuesto" que Rawls defiende, aparece como una expresión de lo que denomina la "razón pública compartida" por el conjunto de la sociedad que resulta importante para explicar cómo puede ser posible afirmar una constitución justa y estable dentro de una sociedad pluralista, que si bien según los críticos podría ser una extensión natural de ideas como la del "contrato social", lo cierto es que hay una diferencia entre lo que se entiende como "idea de razón" y lo que se entiende como "idea de la razón pública". La razón de una sociedad política, antes que nada, aparece aludiendo a la forma en que se formulan planes, se fijan las prioridades ente los distintos fines y se toman decisiones dentro de una sociedad. La razón pública, en cambio, aparece como la razón de los "ciudadanos democráticos", siendo pública de tres modos diferentes: a) en tanto la razón de los ciudadanos como tales: es la razón del público; b) en cuanto al objeto que tiene como propio: cuestiones que tienen que ver con el bien público en asuntos fundamentales de justicia; c) en cuanto a su naturaleza y contenido, el cual se vincula con ideales y principios expresados por la concepción política de justicia de la sociedad. En este sentido, la defensa de la idea de "razón pública" viene a sugerirnos cuál es el tipo de razones al que puede

[313] Idem. P. 199.

apelarse, y cuál es el tipo de razones al que no puede apelarse, cuando se pretende, por ejemplo, apoyar una cierta ley, o interpretar la constitución de un cierto modo. La idea seria, continua Gargarella, que, cuando lo que está en juego son cuestiones tan básicas como las citadas, no corresponde que los ciudadanos, o los distintos grupos y partidos políticos, invoquen razones que los demás no puedan suscribir, razonablemente. En lenguaje de Rawls, en la discusión y resolución de cuestiones constitucionales esenciales y cuestiones básicas de justicia no corresponde invocar razones que no sean razones públicas. Lo contrario implicaría violar el "principio de legitimidad", que nos habla de cuándo se ejerce adecuadamente el poder político y cuándo no, cuándo se ejerce la coerción de modo apropiado y cuando no[314].

Pensemos en lo más simple. La acción que infringe la norma que prohíbe hurtar descrita el artículo 326 del Código Penal. Conforme a la doctrina abarcativa de la propiedad, el poder jurídico que se ejerce sobre una cosa que concede el derecho sobre una cosa como medio para el desarrollo personal de cada uno de los miembros que componen la sociedad boliviana, justifica la tutela jurídico penal; por tanto, conforme a la doctrina del formalismo jurídico, ante la acción de apoderarse ilegítimamente de una cosa mueble ajena, "es justo" responder con la pena privativa de libertad de un (1) mes a tres (3) años, porque el formalismo jurídico contiene en su base filosófica un principio de corrección, es decir, se sostiene que la sanción es justa por obedecer al estricto principio de legalidad y culpabilidad, y, además, se sobreentiende que esa respuesta jurídica cumplirá las funciones generales y especiales positivas y negativas que se le han asignado a la sanción penal. Dicho de otro modo, frente al hecho y frente a la culpabilidad, solo queda la determinación de la sanción penal. Pero, si pensamos en la construcción de un "consenso superpuesto", es decir, en el acuerdo entre personas razonables, que sólo aceptan doctrinas abarcativas razonables que, en un contexto pluralista, permite a cada persona adherirse a la concepción pública de la justicia, podríamos ensayar considerar el tipo de relación que el sujeto del conflicto (víctima) tiene con la cosa sobre la cual ejerce el poder jurídico de propiedad. Así, si se pone en un primer plano al

[314] Idem. Pp. 201 y ss.

sujeto del conflicto y la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho delictivo, lo *razonable* para considerar el tipo de respuesta jurídico penal, sería la relación que ese sujeto tiene con la cosa en concreto, por ejemplo, el hurto de una computadora donde está guardada la tesis doctoral de un abogado, la relación del abogado con esa computadora condiciona la valoración del hecho y será distinta a como piensa el tercero espectador (juez, fiscal, sociedad), por tanto, el tipo de respuesta jurídico penal dependerá de los siguientes criterios: si el autor repone la computadora, se habrá resuelto el conflicto primario de manera íntegra, y, en su dimensión social, el mínimo necesario para reafirmar la vigencia del orden jurídico quebrantado por el hecho antijurídico, la paz social y la reintegración social del autor, debiera bastar una sanción patrimonial o una sanción de hacer, por ejemplo, multa o prestación de trabajo de utilidad pública; si el autor no repone la computadora, en su dimensión individual (víctima) y en su dimensión social, debiera imponerse pena privativa de libertad más sanción patrimonial en los mínimos necesarios para despertar la responsabilidad del autor, para reafirmar la vigencia del orden jurídico quebrantado por el hecho antijurídico, la paz social y la reintegración social del autor. Véase que la respuesta jurídico penal tiene como fundamento la culpabilidad del autor y el tipo de respuesta jurídico penal se basa en la lesión y gravedad del hecho, pero considerado desde el punto de vista de la relación que el propietario tiene con la cosa hurtada y no en consideración de la cantidad o cualidad de la cosa en sí, pues para el tercero observador, esa computadora puede tener un valor insignificante. Entonces, aquí confluye, en cuanto a la respuesta jurídico penal, una relación entre los principios de derecho penal de acto, lesividad, culpabilidad, responsabilidad objetiva y subjetiva, y, además, el principio de proporcionalidad en su componente de razonabilidad y necesidad; y, en cuanto a los sujetos en conflicto, permite considerarlos como personas libres e iguales, razonables y racionales que pueden adoptar una actitud responsable frente al resultado de sus acciones y omisiones lesivas para bienes jurídicos y conforme a la naturaleza de estos bienes, que, en un contexto pluralista como es la sociedad boliviana, permite hacer de las sanciones penales mucho más justas, creando la posibilidad de que cada miembro de la sociedad se adhiera a esta concepción pública de la justicia. Por tanto, la dogmática jurídica penal clásica y su solo presupuesto de culpabilidad para imponer sanción penal, ya no puede contener ningún principio de corrección más que

las funciones preventivas generales y especiales que no tienen la capacidad de resolver el conflicto jurídico penal primario. O, piénsese en las doctrinas filosóficas, biológicas, religiosas, económicas y hasta culturales sobre la penalización y despenalización del aborto, doctrinas incompatibles entre sí, pero a la vez razonables, que, una vez constatada la acción típicamente antijurídica y culpable, lo único que queda es la imposición de la sanción penal para prevenir de manera general y especial nuevas acciones abortivas. Nuevamente, en términos de Rawls, el "consenso constitucional" si bien reconoce y garantiza ciertos derechos y libertades, no es lo suficientemente profundo y amplio, ni se basa en ciertas ideas acerca de la sociedad y las personas, ni implica haber alcanzado una concepción pública compartida; de ahí la necesidad de tomar en cuenta las capacidades de decisión de las personas en su situación concreta y en el contexto del hecho, y, además, las estructuras básicas de la sociedad, es decir, no solo considerar a las personas como libres e iguales, razonables y racionales, al momento de la comisión del hecho delictivo y al momento de considerar la respuesta jurídico penal.

3.5.10.- La concepción política de la justicia de John Rawls y la realidad boliviana

Por otra parte, se habló de que Rawls defiende una concepción política de la justicia y que esta concepción también resulta ser una concepción moral de la justicia, pero elaborada en relación con un objeto más específico: las instituciones políticas, económicas y sociales, por tanto, se trata de una concepción que se refiere a la estructura básica de la sociedad, y no se extiende, por ejemplo, a normas acerca de conductas personales o ideales de vida; caracterizada por su capacidad de autosostenerse, por ejemplo, independiente de cualquier doctrina abarcativa particular como puede ser el kantismo o el utilitarismo y porque su contenido debe expresarse en términos que sean familiares a la ciudadanía, en el sentido de estar basado en ideas implícitas en la cultura política de una sociedad democrática. Veamos, entonces, esta concepción política de la justicia desde la realidad nacional.

Para Luis Tapia la vida social es algo complejo y en movimiento, que de manera constante se produce, reproduce, despliega y desarrolla; aunque no siempre con la misma intensidad y

dirección[315]. Criterio que le permite sostener que en el proceso histórico social existen diferentes temporalidades que generan trayectorias un poco diferenciadas en relación a diferentes dimensiones de la vida social, que siempre ocurren de manera contemporánea pero que analíticamente se las puede diferenciar, porque marcan también algunas continuidades y diferencias, que se pueden identificar en la vida histórica y social, que pueden ser útiles para explicar procesos históricos. Esto implica, dice Tapia, pensar una diferencia en el tipo de temporalidad estructuralmente organizada en el ámbito económico, en el político y en el social, en condiciones modernas como también en condiciones de diversidad y abigarramiento. Y, enseña que en el campo marxista de análisis contemporáneo se puede distinguir entre un patrón de acumulación y uno de legitimación, para pensar la articulación entre lo económico y lo político[316].

En la dimensión económica, el patrón de acumulación es una articulación de los procesos de producción y reproducción en torno a un régimen específico de propiedad de los medios de producción y de apropiación del excedente, además de un tipo de articulación entre diferentes sectores de la economía capitalista. En la dimensión política, Tapia sugiere una ampliación, aunque todavía parcial, que implica no sólo tomar en cuenta el desempeño del estado en relación a la reproducción del modo de producción y del orden social, que es algo más amplio, y su legitimación, sino también considerar la vida política en sentido más amplio que tome en cuenta el conjunto de prácticas que el estado despliega en relación a la reproducción ampliada y desarrollo del capitalismo, dentro de lo cual cabe distinguir diferentes tipos de gasto productivo y de gasto improductivo, orientado a control y legitimación, es decir, gastos relativos a la reproducción del orden social. A esas dos dimensiones, agrega una tercera distinción que la llama patrón de producción de sociedad en torno a dos modalidades: aquella que, siguiendo la noción de Rene Zavaleta, se la puede caracterizar como momentos constitutivos, que son procesos de instauración y sustitución del predominio de un tipo de

[315] Tapia Luís, ***Régimen de dominación en Bolivia***, Ed. Autodeterminación, La Paz, Bolivia, 2020, p. 9.
[316] Ídem.

relaciones sociales; luego, momentos de reforma, más o menos importantes dentro del mismo tipo o sistema de relaciones sociales[317].

A partir de ese esquema ampliado, Tapia procede a bosquejar temporalidades y trayectorias de esas dimensiones en la historia reciente de Bolivia, con la finalidad de caracterizar el momento actual, que a nosotros nos servirá para caracterizar la relación de las dimensiones económicas, políticas y sociales con la práctica del Derecho Penal y la necesidad de sentar las bases para la construcción de un sistema jurídico penal que permita racionalizar el uso del poder punitivo del Estado, es decir, para pensar en la cuestión de la justicia en la aplicación del Derecho Penal en Bolivia.

Así, para Tapia, el **periodo histórico revolucionario del año 52**, que lo **denomina la configuración del 52**, está básicamente caracterizado por la implantación del capitalismo de estado en el núcleo extractivista de la economía del país, a través de la nacionalización de las principales empresas mineras, que, si bien en lo que se refiere al proceso de producción, es decir, en torno a los medios de trabajo y el proceso de organización del mismo no hay cambios significativos, sí puede observarse un cambio de régimen de propiedad que tiene implicaciones importantes en términos de reproducción ampliada y de patrón de producción de sociedad. Consiguientemente, para Tapia, el rasgo central de la configuración del 52 es la apropiación del excedente minero y su utilización para financiar un ciclo de construcción del estado – nación, es decir, ampliación de la implantación del mismo en el territorio y ampliación del estado en términos de montaje de un conjunto de instituciones que responden a reconocimiento de derechos políticos y sociales, que son parte de la creación de condiciones para la reproducción ampliada de capital, como son los sistemas de educación, salud y luego también vivienda y transporte. Ese excedente también sirve para financiar un margen de autonomía política para el gobierno del país. Lo principal, dice Tapia, es que el excedente recuperado bajo la modalidad de capitalismo de estado sirve para financiar la expansión de las relaciones económicas capitalistas en el país y sobre todo el tipo de sociedad moderna

[317] Ídem. Pp. 12, 13 y 14.

capitalista. En ese sentido, afirma Tapia, que, un cambio en el nivel del régimen de propiedad, que no implica cambiar el tipo de relaciones capitalistas, lo cual implica cierta continuidad, permite un despliegue de la dimensión del patrón de producción de sociedad, esto es, invertir el excedente del núcleo capitalista extractivista en expansión de relaciones capitalistas, en particular en el oriente boliviano, en el ámbito de la agricultura y con el tiempo ese excedente se orienta a manufactura y al ámbito de los servicios que van a quedar bajo responsabilidad del estado, en tanto el estado asume la responsabilidad de un aspecto más amplio de reproducción social[318]. En suma, si se toma en cuenta la dimensión política de relación estado - sociedad civil y el patrón de acumulación, se da la creación de una nueva burguesía sobre todo en el oriente boliviano, una nueva relación corporativa entre estado y trabajadores agrarios, mineros, fabriles y el montaje de instituciones que responden al reconocimiento de derechos políticos y sociales que son parte de la reproducción ampliada del capital, quedando por fuera del corazón del Estado los territorios comunitarios.

En la fase o periodo de la dictadura, Tapia observa que el patrón de acumulación continúa organizado en torno al capitalismo de estado, es decir, si bien que el estado sigue siendo financiado a partir del excedente minero, el estado pasa de orientar el excedente nacionalizado utilizado en la construcción de un estado nacional, a crear las condiciones de una nueva fase de penetración imperialista. Así, Tapia explica que se pasa a una fase de debilitamiento o desmantelamiento del estado – nación, en tanto se organizan las condiciones de subordinación de la dirección política y económica del país a la geopolítica imperialista norteamericana, en particular durante esos años. También son años de emisión del modelo y fase dictatorial del estado en la región, como reacción a todo el ciclo de democratización que fue promovido por el desarrollo de esas fuerzas nacionalistas, movimientos obreros, movimientos campesinos y también fuerzas de izquierda y socialistas en el conjunto del continente, que acaban poniéndole obstáculos a la expansión capitalista y al patrón de acumulación en estos territorios. Y. al nivel de producción de la sociedad, Tapia apunta que

[318] Ídem. Pp. 16 y ss.

esto implica un desarrollo desigual de las clases sociales en lo que concierne a la promoción estatal de las mismas. Hay una reducción, dice Tapia, de la complejidad política orientada a desarmar el núcleo de desarrollo de la autonomía, poder y espacios políticos obreros, que a la par que gran parte de la construcción del estado nacional también iban desarrollando de manera paralela algunos aspectos del proyecto socialista, es decir, de un más allá del capitalismo, aunque no del industrialismo[319]. Al respecto, el profesor Fernando Villamor Lucía, a tiempo de comentar el contenido del Decreto Ley de 27 de marzo de 1938 que consideraba conducta delictiva la propaganda de doctrinas como el anarquismo, el bolcheviquismo, el comunismo y toda tendencia social extremista, que llegaba a castigar la sola tenencia de libros y folletos referentes a la propagación de esas doctrinas, y, para el caso de comprobarse la filiación en un partido político proscrito, la pena era de dos a cinco años de prisión, además de la pérdida de derechos políticos por diez años, observa que, no obstante esa disposición legal, por precepto constitucional se reconocía el derecho de las personas a emitir libremente sus ideas u opiniones por cualquier medio de difusión[320]. Y, con relación al Decreto Ley de 9 de septiembre de 1965, denominado "Ley de Seguridad del Estado", que penaba con cuatro a ocho años de presidio la formación de grupos armados e irregulares ,y su irrupción desde el exterior con objeto de establecer áreas geográficas para sustraerlas de la autoridad del gobierno o tratar de apoderarse de este, buscar el enfrentamiento con las fuerzas regulares o de los organismos de seguridad, el profesor Villamor Lucía comenta que dicha legislación fue a consecuencia de cambios de gobierno y formación de la oposición política en torno a grupos catalogados como de "extrema izquierda", reflejo de la turbulencia política que vivía en esos momentos el país, y, agrega que, ese Decreto Ley algunas veces reformado y agravado en sus penas, ha sido manejado por sucesivos gobiernos derogado y puesto en vigencia nuevamente de acuerdo a la mayor o menor estabilidad política del momento[321].

---

[319] Ídem. Pp. 21 y 22.
[320] Villamor Lucía Fernando, ***La Codificación Penal en Bolivia***, Ed. Popular, La Paz – Bolivia, 1977, p. 167.
[321] Ídem. P. 168.

La fase histórica de democratización nacionalista, para Tapia se trata de un conjunto de momentos históricos, algo discontinuos, en los que algunas fuerzas político – sociales lograron quebrar la dictadura militar e instaurar procesos de renacionalización y recomposición de las relaciones entre estado y sociedad civil, por lo que en lo que se refiere a la estructura económica y modelo de acumulación la idea es la reconstitución de la matriz de capitalismo de estado y el control nacional de los recursos naturales, en particular minería e hidrocarburos, como la fuente de financiamiento del estado, su grado de autonomía política y el grado de democratización en términos de integración social, de participación política y de redistribución de la riqueza que se harían posibles a través de ellos[322].

En el nivel de lo que llama patrón de producción de sociedad, para Tapia, en esta fase de democratización, se habría dado una articulación de dos elementos. En la medida en que se retoma el proyecto político económico del 52, se trata de la idea de un proceso que retoma los procesos de producción de una sociedad moderna bajo la modalidad de estado – nación en proceso de industrialización y modernización económica. Para otros se trataría de la generalización de una producción moderna, ligada a un patrón de relación estado – socidad civil, que estaría incorporando como resultado del movimiento político de esas fuerzas, el componente de democracia representativa o la dimensión de la necesidad de mantenimiento de un sistema de representación a través del sistema de partidos competitivo, que tiene como su condición primera el reconocimiento e instauración de la vigencia de derechos políticos, en particular la libertad de organización, de expresión y de participación política en procesos de elección de los gobernantes[323]. Desde nuestro margen y en relación al tipo de producción social, pensar en una sociedad moderna bajo la modalidad de estado – nación, resulta coherente con la sedimentación de la dogmática jurídica penal, que, además, refuerza la idea del principio de seguridad jurídica en tanto previsibilidad y certeza en la aplicación del Derecho Penal, que mira precisamente al delito como un hecho de desorganización,

[322] Ob. Cit. Tapia, Luís, ***Régimen de dominación en Bolivia***, P. 23.
[323] Ídem. P. 26

alteración, perturbación de un determinado orden social, por lo que la prevención general y especial de la sanción penal, básicamente se encuentran absolutamente legitimadas.

El periodo neoliberal, en relación al patrón de producción de sociedad, para Tapia no se trata de la producción de un tipo de sociedad, pero sí hay un proceso de producción de formas específicas para esta fase de desarrollo y dominio capitalista en base a producción normativa, la idea neoliberal del estado, dice Tapia, consiste precisamente en que el estado sea básicamente un productor de normas, que traslada toda la propiedad a manos privadas capitalistas y, a la vez, también es un aparato policial y militar, que en pare se ha pensado privatizar también. A su vez, es un regulador económico y de la moneda, aunque los neoliberales radicales piensen que el estado debería ser sólo un vigilante jurídico y policial. Del mismo modo, Tapia sostiene que entre estado y desarrollo capitalista se genera una relación asimétrica: la dinámica de explotación y acumulación capitalista actual en muchos lugares no produce sociedad sino que destruye formas de vida social, a la vez que destruye físicamente las condiciones de la vida sore todo allá donde hay minería a cielo abierto o explotación intensiva, que debido al tipo de tecnología existente en un plazo muy breve deja territorios con la población enferma, muerte, o sin las condiciones de acceso al agua y otros recursos básicos para la producción de vida[324]. En ese sentido, y en relación a nuestra concepción del tipo penal entendido como expresión de intereses sociales y producto también de complejas y complicadas valoraciones sociales, Tapia apunta que para Hegel la sociedad civil es el reino de las necesidades, de los egoísmos o de los particularismos corporativos, pues atribuía la conciencia de lo general a la burocracia, es decir, a un sujeto estatal[325].

Finalmente, Tapia analiza el periodo actual, que lo denomina el **estatismo capitalista neocolonial**. Tomando en cuenta la relación entre estado, estructura económica, régimen de propiedad y modelo de acumulación, sostiene que el actual gobierno y el estado se han reconstituido y desplegado cumpliendo las tareas que por lo general caracterizan a todos los

[324] Ídem. P. 33 y 34.
[325] Ídem. P. 51.

estados capitalistas: crear las condiciones favorables para la explotación de la fuerza de trabajo y aumentar las tasas de ganancia y la acumulación de capital privado nacional y transnacional. Para esto, dice Tapia, controla a la población trabajadora y que en esto el partido gobernante tiene ventajas respecto de fuerzas anteriormente gobernantes, tanto las dictatoriales, las nacionalistas como las neoliberales, que montaron una extensa red clientelar que el actual partido gobernante utiliza y ha ampliado. Esta ventaja, a decir de Tapia, viene de haber tenido presencia en los ámbitos sindicales y gremiales o haber integrado a las dirigencias de estos núcleos corporativos en las estructuras del poder estatal sin modificar el contenido del mismo, haciendo que las de representaciones corporativas operen como mediación descendente y control social más que como instancias de representación ascendente y negociación política[326].

En el componente de régimen político en relación al patrón de constitución de sociedad, se entiende que las principales funciones y fines del Estado deberían ser la construcción de una sociedad justa y armoniosa, que garantice el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución Política del Estado, tal como lo dispone el artículo 9 constitucional. Sin embargo, esa extensa red clientelar que emerge de esa relación entre Estado, estructura económica, régimen de propiedad y modelo de acumulación, le permite al gobierno, a través del Estado, controlar y cooptar una institución imprescindible para el despliegue y configuración del Estado Plurinacional de Bolivia, como es el Órgano Judicial, que le permite crear las condiciones ideales para la organización de lo que Luís Tapia llama un estado de derecho tiránico.

Así, el primer rasgo de lo que Tapia llama el estado de derecho como tiranía, es el hecho de que debido a diferentes configuraciones históricas se logra, sin embargo, mantener la formalidad de la división de poderes, la vigencia del gobierno según la constitución, la

[326] Ídem. P. 42.

legalización de las direcciones político – económicas del gobierno, es decir, se logra producir un sistema normativo según un procedimiento constitucional que legaliza las reformas, en este caso neoliberales, y mantiene la vigencia diferenciada de derechos civiles y políticos según conveniencia, pero concentra el poder político en el ejecutivo, en un núcleo reducido del poder ejecutivo. Aquí, dice Tapia, cabe argumentar que el rasgo decisivo de lo que en teoría política se llama tiranía es la concentración del poder político a través de la eliminación de la división de poderes, o la reducción de autonomía de los poderes en el seno del Estado, a la vez que se reducen libertades políticas de los ciudadanos[327]. Otro rasgo del estado de derecho como tiranía que identifica Tapia, es la utilización de del poder judicial para la eliminación del pluralismo político y el control en el ejercicio de las libertades políticas. El gobierno, sostiene Tapia, está utilizando el poder judicial para eliminar del espacio público a quienes no comparten, no se someten o son opositores. Y, afirma, que muchos de los sujetos que están siendo enjuiciados porque han sido parte de los gobiernos anteriores realmente se lo merecen, eran impunes por mucho tiempo. Pero, también sostiene que, el gobierno en la medida que ha mezclado los juicios a los anteriores responsables del gobierno en el país, con la utilización del poder judicial para eliminar a otras fuerzas de izquierda que pretenden ejercer su autonomía o tener voz propia en el proceso, acaba deslegitimando el necesario enjuiciamiento de las responsabilidades políticas de estos gobiernos[328].

A manera de conclusión preliminar, podemos decir de que no se trata de develar lo que és la justicia, sino de observar cómo se manifiesta la justicia en la solución de un determinado y concreto conflicto jurídico penal, por ejemplo, si una mujer quiere conciliar un hecho de violencia, puede tomarse como parámetro la naturaleza de la acción, la naturaleza del bien jurídico lesionado y la extensión del daño causado y sufrido, a su vez introducir un criterio de justicia, por ejemplo, la libertad personal. Pero recuérdese que la solución de este tipo de conflictos jurídicos, hoy está impregnado de ideología.

---

[327] Tapia Luis, ***El estado de derecho como tiranía***, Ed. Autodeterminación, La Paz, Bolivia, 2020, p. 169.
[328] Ídem. P. 177.

Finalmente, conforme a las realidades del proceso histórico de construcción social boliviana, por el momento es imposible pensar en el ideal de Rawls, pues las dimensiones de lo económico y lo político se constituyen en patrones de producción de sociedad, por ello mismo, urge la construcción de un Sistema Jurídico Penal, que racionalice el poder punitivo del Estado que viene siendo utilizado por el régimen político.

CAPÍTULO IV
PROPUESTA

PRINCIPIOS Y VALORES DEL NUEVO ORDEN SOCIAL: EL SENTIDO DEL DERECHO PENAL

4.1.- Bases teórico contextuales de la propuesta

En la base del sistema de sanciones está el grado de afectación a los bienes jurídicos y la reprochabilidad por la conducta. Este sistema, en su pretensión de ser coherente con el orden jurídico que rige el desenvolvimiento de las relaciones sociales y como instrumento de posibilidad de desenvolvimiento de las relaciones sociales que se van aceptando, se relaciona con el proceso de formalización de los tipos penales, con los fines que se pretenden alcanzar con la tutela de bienes jurídicos a través de la sanción penal, con las clases de sanciones, con la categoría o momento de individualización de la pena y con la ejecución de sanciones. En esta relación, también habrá que considerar las consecuencias no punitivas de la acción u omisión, o, siendo necesaria la punición no precisamente deba recurrirse a pena privativa de libertad.

Los tipos penales expresan el grado de reorganización de las relaciones sociales, que como se dijo, puede ser total o parcial. En este sentido, dado el desarrollo social alcanzado, desde un punto de vista del Derecho Penal básico, nadie discute el hecho de que la vida, la propiedad, la integridad física, etc., son derechos humanos universales y por tanto merecedores de protección a través del Derecho Penal. Por ejemplo, la primera Constitución Política boliviana en su artículo 11.5 establecía que: "Todos los que hasta el día han sido esclavos; y por lo mismo quedarán, *de hecho*, libres en el acto de publicarse esta Constitución: por una ley especial, se determinará la indemnización que se debe hacer a sus antiguos dueños"; esta disposición fue modificada por el Congreso en los siguientes términos: "Todos los que hasta el día han sido esclavos; y por lo mismo quedarán, *de derecho libres*, en el acto de publicarse esta Constitución; pero no podrán abandonar la casa de sus antiguos señores, sino en la forma que una ley especial lo determine". En coherencia, la ley

especial a la que se refiere el precepto constitucional disponía que los esclavos debieran pagar su libertad. Según Cáceres Ortega, el precepto original, en cuando al pago de la indemnización, estaba dirigido al Estado y la libertad debía darse *ipso jure*, mientras que la modificación al imponer el pago a los esclavos se constituía en una traba para lograr la libertad, pues según el contexto de la época era imposible que un esclavo sin siquiera tener derecho a un derecho natural pudiera pagar su libertad[329]. El orden normativo de la época, resultado de su realidad social, quedó reflejado en el primer Código Penal de Bolivia del año 1834 al disponer en su artículo 489 que: "Los que maten a un hijo o nieto, o descendiente suyo en línea directa; o a su hermano o hermana […] o *al amo con quien habiten* […] sufrirán las mismas penas que los asesinos […]". Véase que después de ocho años de aprobada la primera Constitución Política de Bolivia, el primer Código Penal sancionaba con la pena de asesinato a quien quitaba la vida a otro encontrándose en una *relación jurídica de amo y esclavo*. Dicho en los términos críticos de Marx, gran parte de la población boliviana, después de la guerra de la independencia, no había logrado su emancipación política ni humana por la cual habían luchado. Del mismo modo, la autocomprensión social en el orden de los valores, ha hecho que el Derecho Penal se expanda y tenga también como objeto de protección los derechos humanos colectivos, como por ejemplo el medio ambiente, es decir, existe en la sociedad una nueva forma de comprender las relaciones con la "Madre Tierra" como sujeto de derechos.

El estado actual de la cuestión, fruto de las largas luchas sociales por el reconocimiento y ejercicio de los derechos básicos individuales, sociales, colectivos, etc., es diferente; así, el artículo 13.I de la Constitución Política del Estado, establece: *"Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos."* Y el artículo 14.I de la misma Carta Política dice que: *"Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta*

[329] Cáceres Ortega Adrián Miguel, Introducción al Derecho Civil del Estado Plurinacional de Bolivia. Segunda parte: Contexto Histórico. Personas, Servicios Gráficos IMAG, Sucre – Bolivia, 2015, p. 65.

Constitución, sin distinción alguna." Y el artículo 8.II constitucional establece que: "El Estado se sustenta en los valores de […] *reciprocidad* […] *para* vivir bien", principio entendido, según Víctor Romero Morales, como la relación entre los indígenas y la naturaleza, que implica un necesario intercambio de dar y recibir que caracteriza las relaciones entre hombres, naturaleza y divinidades; así, por parte del hombre se exige: respeto, cuidado y retribución, por parte de la naturaleza se exige: alimentación, vestimenta y producción[330].

Como el Estado asume la obligación de promover, respetar y sobre todo *proteger* los derechos humanos fundamentales y como se sustenta en valores ético-morales como el citado de reciprocidad, se observa que, si bien en el actual Código de Procedimiento Penal, ley N° 1970, existe una clasificación de los delitos, no es menos cierto que, este cuerpo normativo como el código sustantivo, no hace referencia al grado de afectación que se provoca a los bienes jurídicamente protegidos, apareciendo dicha cuestión valorativa en el quantum de las sanciones descritas en cada figura delictiva, que tampoco están organizadas de acuerdo a los bienes jurídicos protegidos por la Constitución Política del Estado en su componente de relación social, por ejemplo: humanidad; vida; dignidad y libertad humana; integridad física o psicológica y libertad sexual; madre tierra; solidaridad social y colectiva; bienestar individual y común; formas de organización de la economía plural; servicio público; y seguridad del Estado Plurinacional. Las consecuencias jurídicas, es decir las clases de sanciones aplicadas a las personas naturales, simplemente están divididas en penas principales y penas accesorias, desconociendo una amplitud que podría ser acorde con el principio de proporcionalidad, por ejemplo: **1.** Sanciones patrimoniales: **a)** Reparación económica, **b)** Multa sancionadora, **c)** Decomiso; **2.** Sanciones de hacer: **a)** Prestación de trabajo de utilidad pública, **b)** Cumplimiento de instrucciones judiciales; **3.** Sanciones de no hacer: **a)** Prohibición de concurrir a ciertos lugares o acercarse a la víctima, **b)** Inhabilitación;

---

[330] Citado por Ortiz Torricos Marcela Rita, en: ***Bases Fundamentales de la CPE. Principios y Valores que Sustentan el Orden Constitucional***, Maestría en Administración de Justicia, Versión III, Centro de Estudios e Investigación, Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, 2012, p.74.

4. Sanciones privativas de libertad: **a)** Prisión. Sanciones que podrían ser impuestas en forma *alternativa* o *concurrente*.

La relación inherente entre la realidad social y los tipos penales trasciende también a los fines y funciones que actualmente se asigna a la sanción penal. En este sentido, consideramos que lo que está en crisis son las conocidas funciones manifiestas y latentes que históricamente se le han asignado a la sanción penal, tales como las funciones preventivas especial y general, positiva y negativa. Consideramos también, que el contenido conceptual no ha variado y que por ello no responden a las actuales necesidades sociales.

Con relación a la función *preventiva especial negativa*, es cierto que su contenido ideológico se encuentra superado, es decir, su concepción de que la criminalización primaria está dirigida a eliminar o por lo menos a neutralizar la inferioridad del criminal por considerarse un peligro para la sociedad. Sin embargo, esta ideología reaparece aunque matizada, principalmente en los delitos contra la integridad sexual o contra la violencia hacia la mujer, como se verá en seguida. En cuanto a la función *preventiva especial positiva*, cuyo contenido ideológico se expresa en las funciones de *re*-socialización, *re*-educación, *re*-inserción, etc., en el presente trabajo se trata de pensar en la posibilidad de explorar la personalidad de la persona que ha delinquido, pero no en el sentido de pretender modificar una personalidad que se considera inferior, sino en sentido de que la pena suficiente al grado de lesión y a la reprochabilidad pueda despertar la responsabilidad de la persona frente al hecho, es decir, en la posibilidad de asumir obligaciones para con la víctima y para con la sociedad. Aquí la pena debe guardar equilibrio entre lo que requiere la sociedad, la víctima y el condenado. En este último sentido, solo él puede decidir ser parte de la sociedad, o dicho de otro modo, solo el que ha infringido la norma penal puede aceptar los medios puestos a su disposición para ser parte de la sociedad.

La *prevención general negativa* pretende ser dejada de lado, pues está bastante probado que la pena no intimida, basta observar los grupos de casos, por ejemplo feminicidios, agresiones sexuales, corrupción, etc., al menos no en la medida de su discurso legitimante. Pensar en un sistema jurídico penal que opte por una finalidad *preventiva general positiva* que vaya más

allá de la teoría funcionalista normativista, es asumir que la sanción penal se justifica cuando sea estrictamente necesaria para el mantenimiento de la paz social, en el sentido de que el juez debe acercarse con la máxima certeza jurídica a la pena moralmente justa, considerando además las consecuencias que esta pueda surtir sobre el plano social e individual.

La teoría *retribucionista*, como es sabido y harto discutida, muestra una relación fuerte entre sanción y delito; pero, siguiendo al filósofo Jean Paul Sartre, diremos que el hombre no solo es esencia sino también presencia, por lo que la teoría retribucionista no es adecuada para buscar, a través de la pena, una justicia sustancial como la que se pretende alcanzar a través de la nueva "*política constitucional"* como la llama Cáceres Ortega, reto político que ha empezado en el momento de haberse aprobado el actual texto constitucional.

Como se observa, la *determinación* de la pena, en el sentido reclamado en el presente trabajo, se convierte en una *operación constructiva* que deriva del razonamiento jurídico del juez, pues según el caso concreto, siempre sometido a valoración normativa, solo el juez puede decidir, en una operación prospectiva, cuál es la pena adecuada para ir construyendo una sociedad justa y armoniosa sustentada en la cultura de paz. Lo que se quiere decir es que la sanción a imponerse debe, en lo posible, aproximarse, "ser adecuada", a la reparación del daño a la víctima, a la inserción en la comunidad de la persona infractora y al mantenimiento de la paz social. En estas condiciones, el Derecho Penal a través de la sanción penal tendrá potencialidad para construir una sociedad mucho más igualitaria.

Las palabras *"ser adecuada"* en su proximidad a la víctima y al mismo sujeto activo del delito, consideramos que puede operar como un salto cualitativo de los contenidos ideológicos que sustentan a las funciones preventivas general y especial de la sanción penal, en el sentido antes fundamentado. Por tanto, consideramos también que la sanción penal misma tendría que entenderse como *instrumento de gestión* de la conflictividad.

Lo expuesto hasta aquí nos lleva a analizar el *margen de libertar* con el que cuenta el juez a tiempo de *individualizar* la sanción aplicable a cada caso concreto. Pues, según la naturaleza de la acción, la naturaleza del bien jurídico tutelado y la relación social que los sujetos en conflicto tienen con el bien jurídico tutelado, y, sin descuidad la dimensión social, es

indudable que existen delitos que pueden ser disponibles y delitos indisponibles por parte del Estado. Por ello, aquí juegan un papel de primer orden los principios de *humanidad; personalidad; proporcionalidad; seguridad jurídica; subsidiaridad; y, lesividad* que deben guiar el *razonamiento constructivo* del juez. Siempre que se encare la tarea política de superar el criterio de que la pena privativa de libertad es la única forma de resolver el conflicto jurídico penal.

En el contexto actual de sociedades altamente heterogéneas, donde se cuestionan libertades como el de la libertad de expresión, tan solo concretemos el principio de *personalidad* aplicable en torno a categorías meramente dogmáticas. Como es sabido, según la teoría finalista elaborada por Hans Welzel, el dolo y la culpa son elementos estructurales del tipo penal y estos se constituyen en objeto del juicio de culpabilidad. En efecto, el ilícito penal está compuesto por el disvalor de evento (imputación objetiva) y por el disvalor de conducta (imputación subjetiva); de tal manera que un hecho solo se le puede imputar (reprochar) a una determinada persona si al momento de realizar la conducta, comprendía su ilicitud y podía adecuar su comportamiento a esa comprensión. En esta fórmula normativa, se expresa el principio de *personalidad de la sanción penal*. Dicho con un ejemplo, una publicación periodística con rasgos discriminatorios hacen responsable a su autor y no al medio periodístico, siendo la responsabilidad penal estrictamente personal, el juez deberá imponer una pena al autor del artículo periodístico que no afecte a los otros trabajadores del medio periodístico, salvo que dicha conducta y su resultado tenga un nexo de vinculación (objetiva y subjetiva) con el propietario, editor, encargado de redacción, etc., que hagan necesaria la sanción al medio de comunicación. Piénsese en la censura económica al periódico Página Siete que terminó por cerrar sus ediciones.

La lesión al bien jurídico y la reprochabilidad por la conducta, en atención al caso concreto, resultarían ser aspectos relativos autorizando al juez realizar un juicio valorativo para determinar la sanción penal. Aquí ingresa el *principio de proporcionalidad* como principio regulativo que debe observar el juez para la valoración, y esta valoración no es en ningún caso una operación subjetiva del juez. Por el contrario, observar el *principio de proporcionalidad* implica asumir los criterios propios de la imputación subjetiva y objetiva,

tomar en cuenta la actitud del autor, la gravedad del hecho, intensidad de lesión al bien jurídico y las modalidades de agresión en una perspectiva constructiva tendiente a que la pena a imponer *atienda* en la medida de lo posible a la reparación de la víctima, la reintegración del infractor y el retorno de la armonía a la comunidad. Véase que aquí ingresan consideraciones de sensibilidad pública y sensibilidad privada, es decir, una valoración integral del hecho para decidir cual la pena adecuada para resolver el conflicto jurídico penal. No obstante, si se considera que el grado de lesión al bien jurídico, es decir, la amplitud, modalidades y variedad de los hechos con que se puede lesionar el bien jurídico ya están expresadas en el supuesto de hecho contenido en el marco legal y la reprochabilidad tiene como objeto el desvalor de la acción, pareciera ser entonces que la individualización de la sanción, tomando como referencia el principio de *proporcionalidad*, se aleja de su contenido ético de responsabilidad personal. Dicho en otros términos, las motivaciones y modalidades del hecho pueden ser intensamente desaprobadas socialmente; pero puede ocurrir que la solución real del conflicto jurídico penal no esté precisamente en la sanción penal que deriva de ese juicio, sino en otra medida que guarde *proporción* con las funciones últimas que se le asignan a la pena, es decir, lograr que la pena sea adecuada para lograr la convivencia pacífica de la sociedad, la recomposición social, y, en la medida de lo posible la recomposición entre los involucrados, en los márgenes fácticos y normativos permitids. Dicho con un ejemplo, en el *delito* de "Actos Sexuales Abusivos" cuyo presupuesto es una relación sexual inicialmente consentida, una de las personas obligue a la otra a soportar -se entiende en el curso de la relación sexual- violencia física y humillación, puede ocurrir que una de las personas no haya comunicado a la otra que le gusta los juegos sado-masoquistas y empiece a practicarlos una vez iniciado el acto sexual, habrá que considerar, entre otras cosas, los instrumentos utilizados en el juego sexual, la recepción sensible o grado de ofensa que pueda sentir la supuesta víctima. Véase que dicha valoración deriva de la sensibilidad de la víctima, no de la sociedad. Entonces, porque tendría que catalogarse a dicho delito como de acción pública, primera cuestión. Aquí ingresa también en juego el principio de *subsidiaridad* y *lesividad*, pues la víctima, según el grado de afectación a su autodeterminación sexual, puede decidir optar por una solución alternativa sin requerir la intervención del Derecho Penal, o a los ojos del Ministerio Público puede que un acto sexual se considere abusivo, pero la supuesta

víctima no lo considere así. No será lo mismo en una "Violación Sexual" considerada como *crimen* y no como *delito*. El ejemplo nos hace ver que un hecho admite diversas valoraciones, como también diversas soluciones, aspecto que nos obliga a reiterar que la trascendencia social de los supuestos de hecho, es decir, entre lo público y lo privado, entre la sensibilidad pública y la sensibilidad personal, al margen de venir determinados en el marco legal, requieren de un cierto nivel de valoración conforme al hecho concreto para determinar cuál la pena adecuada para solucionar el conflicto jurídico penal.

Hasta aquí, con el bagaje teórico expuesto en la presente tesis, creemos haber puesto en cuestión las categorías de la dogmática jurídico penal y de la sanción penal, como método para la solución de los conflictos jurídicos penales, es decir, creemos haber demostrado que la relación lógica entre la teoría del delito y las teorías de la sanción penal, ya no resulta ser adecuado para resolver los conflictos jurídicos penales en el contexto de una sociedad altamente heterogénea.

4.2.- El principio de humanidad, personalidad y proporcionalidad vinculado a los principios de necesidad y utilidad de la sanción penal como criterios de racionalización del poder punitivo

El principio de *humanidad, personalidad y proporcionalidad*, vinculan también al juez con el poder político y en mayor medida es el *principio de humanidad de la pena* la que enfrenta al juez con el poder político. En los momentos en que se escriben estas páginas, surge el proyecto de ley propuesto por la señora Soledad Chapeton, alcaldesa de la ciudad de El Alto, pretendiendo que se sancione con la castración química a los violadores sexuales de niños y niñas. En primer lugar, tendrían que derogarse los artículos 15.I.III y 118.I.II de la Constitución Política del Estado; en segundo lugar, sería preferible la pena de muerte a tener a una persona muerta en vida y circulando por las calles con una parte de su cuerpo mutilado, pues su ejecución sería mucho más humana. Pero qué debe hacer el juez si este tipo de proyectos de ley lograran pasar los filtros políticos. Indudablemente, según el bloque de constitucionalidad, ante un caso de violación a niña o niño y ante la eventualidad de imponer

este tipo de sanción, deberá recurrir la ley promoviendo el recurso de inconstitucionalidad. Criterio kelseniano de solución de antinomias normativas.

En base a los principios señalados, en el estadio de individualización de la sanción penal, se abre otro tipo de posibilidades, por ejemplo, el juez puede expresar las razones, es decir, argumentar racionalmente, cuáles son los motivos que lo llevaron a aplicar una determinada norma penal o a alejarse de la misma y a expresar cuáles son los motivos que lo llevaron a aplicar una determinada sanción prevista para el supuesto de hecho, o, en su caso, otra sanción adecuada a la reparación del daño provocada a la víctima y la reinserción del sujeto autor del delito. Consiguientemente, racionalización del poder punitivo no es otra cosa que pensar en la necesidad y utilidad de la sanción penal. Aquí afirmamos que *proporcionalidad* no hace referencia a la relación entre culpabilidad y sanción penal, ni al grado de culpabilidad con el quantum de la sanción penal, sino a la relación entre medio y fin, es decir, considerar cuál la pena adecuada para lograr el fin propuesto por el sistema jurídico penal propio de un Estado Unitario Social de Derecho Democrático de Derecho Plurinacional Comunitario postulado por el artículo 1 de la Constitución Política del Estado.

Por otra parte, sostenemos que, en el nuevo contexto normativo inaugurado a partir de la promulgación de la actual Constitución Política del Estado, la determinación e individualización de la sanción penal, se constituye en un proceso *constructivo* encargado al juez, pero limitado por el principio de *seguridad jurídica* y por las *reglas de interpretación jurídica*, es decir, el juez debe, en palabras de Cáceres Ortega, remitirse a una fuente de Derecho o a una fuente de autoridad. En consecuencia, el principio de seguridad jurídica vincula al juez con las posibilidades jurídicas que tiene a su alcance para resolver el caso concreto. Sin embargo, consideramos también que la interpretación valorativa de carácter jurídico no escapa a la ideológica y valoraciones propias del intérprete, del juez, como tampoco a la emergencia de la realidad social donde deben operar las normas.

4.3.- Reglas de ejecución de las sanciones

Consideramos también que la construcción de un Sistema Jurídico Penal, que en ningún caso desconoce las categorías propias de la dogmática penal tradicional o clásica tal como la

conocemos, debe considerar las *reglas de ejecución de las sanciones* como parte integrante del sistema de sanciones. En este estadio, el sistema jurídico penal debe expresar un alto grado de compromiso con la víctima. Al respecto, considérense dos aspectos que nos parecen relevantes. En los delitos considerados disponibles, por ejemplo, una estafa, el supuesto de hecho debe estar acompañado por una variedad de sanciones: prisión, reparación económica, trabajo social, etc. Si se trata de poner en primer plano a la víctima y despertar la responsabilidad del sujeto activo para con su hecho, se impone la necesidad de imponer la sanción de reparación económica, si esta no se cumple procede la conversión en privación de libertad hasta el cumplimiento de la reparación económica, hasta se podría considerar que mientras la víctima no esté reparada en el daño causado, los beneficios penitenciarios podrían ser incluso inviables; lo propio ocurre en el caso de conmutación de sanciones, pues el condenado puede solicitar la disminución de la sanción privativa de libertad o esta sea conmutada por otra no privativa de libertad, siempre que por *propia iniciativa* realice actos de reparación del daño causado a la víctima. Esta es una muestra clara de lo que sosteníamos líneas arriba en sentido de que el actual Código Penal privilegia las ideologías "*re*" que se le asignan a la función preventiva especial positiva de la pena, es decir, la pena orientada a la resocialización, reeducación, rehabilitación, etc., para pasar a un sistema jurídico penal que se oriente a despertar la responsabilidad del condenado dejnado en sus manos la decisión de "*in*-tegrarse" a la sociedad a través de la consideración que tenga con la víctima; de lo contrario significa también que es voluntad del condenado asumir el cumplimiento total de la pena privativa de libertad. Esta forma de ejecución de las sanciones expresa también la orientación hacia el restablecimiento de la armonía entre los protagonistas del conflicto jurídico penal y la paz social, apareciendo de esta manera matizada la prevención general positiva y dejándose de lado la prevención general negativa intimidatoria. El otro aspecto a considerar es que el control de ejecución de las penas alternativas no privativas de libertad se deja en manos de instituciones públicas o instituciones privadas, como forma de promover la participación social en la ejecución de sanciones. Se trata de una tendencia a privatizar la ejecución de los mecanismos con los que el Estado reacciona contra el delito, pero también se trata de que la sociedad controle la correcta ejecución de la sanción no privativa de libertad

con la que se ha resuelto el conflicto. Lo rescatable de este tipo de control es que la ejecución de sanciones no privativas de libertad adquiere un carácter público y formalizado.

Otro aspecto que caracteriza el sistema de sanciones penales es la dureza de las sanciones privativas de libertad tratándose de *crímenes* y relativamente cortas tratándose de *delitos y faltas*, permitiendo al juez recorrer la totalidad de los límites de la sanción, desde su mínimo hasta su máximo, siendo la regla, en los delitos y faltas, la sanción no privativa de libertad y la última alternativa la prisión.

El contenido material del sistema de sanciones que se ha desarrollado, nos permite sostener que un Sistema Jurídico Penal debe estar orientado a racionalizar el uso del poder punitivo como forma de solución del conflicto jurídico penal, respetando la dignidad humana para alcanzar una sociedad justa y armoniosa (art. 9 de la CPE). Sin embargo, no debe perderse de vista que el desafío está en que los postulados de dicho Sistema Jurídico Penal, puedan materializarse conforme a la vida cotidiana de las bolivianas y los bolivianos. Aspecto al que volveremos cuando nos ocupemos de las cuestiones prácticas y críticas. Por tanto, en las siguientes líneas nos ocuparemos del principio de culpabilidad y su incidencia en la determinación de la sanción.

4.4.- Principio de culpabilidad y principio de racionalidad valorativa

Es en el contexto del *neoconstitucionalismo principialista* que se abordarán los *principios regulativos* que se pretenden introducir en la relación lógica entre teoría del delito y teoría de la sanción penal para la construcción de un Sistema Jurídico Penal Boliviano, es decir, los principios de *racionalidad, utilidad, proporcionalidad y personalidad* de la sanción penal. Veamos.

Juan Ruiz Manero distingue al menos *cuatro tipos ideales* de normas regulativas, sean estas constitucionales o no. Dos de ellas adscribibles al terreno de las reglas que las denomina *reglas de acción* y *reglas de fin*, y otras dos adscribibles al terreno de los principios en sentido

amplio que las denomina *principios en sentido estricto* y *directrices o normas programáticas*[331].

Para Ruiz Manero las ***reglas de acción*** serían aquellas que configuran el caso mediante un conjunto de propiedades genéricas y en las que la conducta modalizada deónticamente en la solución normativa consiste en la realización (u omisión) de una acción. Este tipo de reglas, explica Ruiz Manero, posibilita que su destinatario, dándose las posibilidades o propiedades que configuran el caso, realice la acción ordenada sin deliberar sobre las razones en pro o en contra de ello y desentendiéndose, a la vez, de las consecuencias de la realización de esa acción. Propone como ejemplos de tales normas aquellas que ordenan no rebasar una cierta velocidad en un cierto tipo de carreteras o una norma tributaria que ordena pagar impuestos en caso de realizar una cierta actividad comercial o mercantil. Por ***reglas de fin*** entiende aquellas que configuran el caso mediante un conjunto de propiedades genéricas y en las que lo modalizado deónticamente en la solución normativa consiste, no en la realización de una acción, sino en la producción de un estado de cosas en una cierta medida determinada. El destinatario de una regla de fin puede, desde luego, y de manera análoga a como sucede en el caso de las reglas de acción, agrega Ruiz Manero, desentenderse de las en pro o en contra de producir el estado de cosas ordenado y también de las consecuencias que, una vez producido, se deriven de dicho estado de cosas. Pero, dice Ruiz Manero, no puede desentenderse de las consecuencias de sus acciones, pues lo que se le ordena no es la realización de ninguna acción determinada por la propia norma, sino precisamente la realización de acciones que resulten causalmente idóneas para producir el estado de cosas que la norma ordena. Pone como ejemplo una ley tributaria que establezca que los ayuntamientos (alcaldías) deben, a partir de una cierta fecha, no incurrir en déficit superior a un cierto porcentaje[332]. Con relación a los ***principios en sentido estricto***, Ruiz Manero sostiene que estas se caracterizan porque en su antecedente no se contiene otra cosa sino que

---

[331] Ruiz Manero Juan, "Una tipología de las normas constitucionales", en: ***Un debate sobre principios constitucionales***, Palestra Editores, Lima, 2014, p. 36 y 37.
[332] Idem., p. 38 y 39.

se dé una oportunidad de realizar la acción modalizada en el consecuente, y en este último la obligación (o prohibición o permiso) meramente *prima facie* de realizar tal acción. La obligación (o prohibición o permiso) es meramente *prima facie* porque la acción ordenada o permitida en el consecuente de un cierto principio puede ser, en la oportunidad de que se trate, una acción prohibida, naturalmente también *prima facie*, por otro principio. Por ejemplo, una cierta preferencia verbal puede verse de entrada como un caso de uso de la libertad de expresión, y por tanto como una acción permitida, pero también como un caso de intromisión en la intimidad de una persona, y por tanto como una acción prohibida. De ahí que Ruiz Manero argumente que los principios, por su propia configuración, no pueden eximir a sus destinatarios de la tarea de determinar si en unas ciertas condiciones lo ordenado por un principio debe, o no, prevalecer sobre lo ordenado por otro principio que resulte concurrente. Los principios, agrega Ruiz Manero en su argumentación, no posibilitan, a diferencia de las reglas, eludir la deliberación sobre las razones en pro o en contra de realizar la acción ordenada por cada uno de ellos frente a las razones en pro o en contra de realizar la acción ordenada por otro principio eventualmente concurrente. Esta *deliberación o ponderación*, según Ruiz Manero, desemboca en la formulación de una regla que establece, dadas ciertas circunstancias genéricas o condiciones de aplicación, la prevalencia de uno de los principios sobre el otro o, dicho de otra forma, que, dadas ciertas circunstancias genéricas o condiciones de aplicación, debe ser *concluyentemente* lo ordenado por alguno de los principios en concurrencia. Aquí, nosotros podríamos poner dos ejemplos: el primero relacionado a la acción de inconstitucionalidad abstracta en contra del artículo 24.I.8 de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 260 de 11 de julio de 2012, relacionado a la edad límite para ejercer el cargo de Fiscal de Materia de lo Penal con relación al contenido del artículo 14.I, II y III, 46.I.2 y II, 49.III y 410.I y II de la Constitución Política del Estado, es decir, el artículo 24.I.8 sería discriminatorio en cuanto establece una edad límite para ejercer el derecho al trabajo, según la conclusión a la que arribó el Tribunal Constitucional Plurinacional. Sin embargo, siguiendo la línea argumentativa de Ruiz Manero, aquí el Tribunal Constitucional Plurinacional olvidó que en el artículo 14.II constitucional, en tanto *principio regulativo estricto*, juegan fundamentalmente otros *principios relativos a la igualdad en sentido de equidad* del acceso a una fuente laboral según el contenido del artículo

46 constitucional. Dicho de otro modo, si se considera que las nuevas generaciones de profesionales abogados tienen también el derecho de acceder al ejercicio de la función de fiscal de materia de lo penal, la edad límite para el ejercicio de este cargo no tendría por qué ser considerado discriminatorio, ya que el mismo texto constitucional –artículo 14.II- en su parte final establece que los *derechos se ejercen en condiciones de igualdad*. Entonces, la *deliberación* o *ponderación* pudo haber tenido fundamento también en las circunstancias concretas de que los jóvenes abogados tienen el derecho de acceder al cargo de fiscal de materia de lo penal y gozar de los beneficios sociales que derivan del trabajo y que dicho acceso a una fuente laboral no puede estar condicionado al agotamiento de las facultades mentales o la muerte misma de la persona que esta en ejercicio del cargo. Piense también en la actual discusión sobre la jubilación obligatoria. Otro ejemplo, desde el feminismo radical, se encuentra en el criterio de que se presume la concurrencia de legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando la conducta tenga lugar en un contexto de violencia contra una mujer; véase que este tipo de reglas jurídicas se basa en prejuicios culturales que las mismas feministas combaten, aspecto que ingresa en conflicto con el principio de igualdad formal y material, pues se entiende que una sociedad justa donde priman instituciones justas, toda acción política está orientado a superar los prejuicios culturales y los estereotipos nocivos de género que puedan incidir de modo negativo sobre la comprensión y valoración de los hechos. En la regla de actuación jurisdiccional fácilmente puede identificarse principios valorativos tales como: el hombre es físicamente más fuerte, el hombre es naturalmente agresivo, un sujeto en permanente estado de peligrosidad, etc. La mujer es débil, víctima histórica del hombre e incapaz de agredir al hombre, por lo que es el hombre quien tiene que probar que la acción de la mujer, en las circunstancias concretas, fue deliberada, porque como se dijo existe una *presunción* a favor de la mujer que viola el principio de dignidad en su vertiente de igualdad y de presunción de inocencia.

Finalmente, con relación a las ***directrices o normas programáticas***, Ruiz Manero afirma que estas se asemejan, por el lado del antecedente, a los principios en sentido estricto, pues no contienen en él otra cosa sino la condición (analítica) de que haya una oportunidad de realizar la conducta prescrita en el consecuente; pero por el lado del consecuente no modalizan deónticamente la realización de una acción, sino la producción de un cierto estado de cosas

en la mayor medida posible. En suma, en el caso de las directrices o normas programáticas, se trataría de llevar a adelante políticas que procuren el mayor grado de satisfacción posible de los diversos objetivos, interdependientes entre sí, a los que apuntan las diversas directrices. Por ejemplo, el acceso al trabajo puede fomentarse con políticas financieras, salariales, educativas, etc.[333].

Sobre el alcance de la tipología propuesta, Ruiz Manero argumenta que es posible que una norma tenga estructura de regla de acción, pero que no pueda seguirse sin deliberación, esto es, sin llevar a cabo una ponderación de razones. Si bien la estructura de la norma es condición necesaria para que sea posible evitar la deliberación, no es, sin embargo, condición suficiente[334]. Aquí nos remitimos al ejemplo propuesto sobre la presunción de legítima defensa a favor de la mujer. En este caso la regla está dirigida al juez y la acción ordenada consiste en presumir la concurrencia de una causa excluyente que salva de responsabilidad, siendo sus condiciones de aplicación cuando la conducta tenga lugar en un contexto de violencia contra la mujer. Pero, esta última condición, el contexto de violencia y, agregamos, la propia acción de los sujetos de la relación social, requiere de: deliberación, ponderación y valoración por parte del juez. Es también posible que las normas respondan parcialmente al modelo de las reglas de fin y parcialmente al modelo de las directrices[335]. Por ejemplo las normas de declaratoria de desastres naturales.

Por otra parte, y en lo que al presente trabajo interesa, Juan Ruiz Manero sostiene que una Constitución compuesta básicamente, en su dimensión regulativa, por principios y directrices, mantiene abierto el proceso deliberativo y evita en gran medida la "tiranía de los muertos sobre los vivos" que se ha achacado con frecuencia al constitucionalismo rígido. Asimismo, el carácter binario de las preguntas, por ejemplo, debe prevalecer la libertad de expresión o el honor de las personas, implica que el juicio acerca del establecimiento de una relación de prevalencia entre principios dado de un cierto conjunto de circunstancias –y el

[333] Idem. p.43.
[334] Idem. p. 46.
[335] Idem. p. 48.

juicio de una decisión así fundada- es un juicio del tipo todo-o-nada, es decir, que dadas las circunstancias del caso, prevalecerá la libertad de expresión o el honor de la persona, manteniendo abierta la deliberación según aparezcan los casos concretos. Del mismo modo, concurren también principios que operan como límites a los cursos de acción admisibles para lograr la maximización de bienes como el derecho a un medio ambiente limpio, tierra y territorio, etc[336]. Véase en este caso que nuestra Constitución Política del Estado establece en el artículo 22 que: *"La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado"*. Así, toda acción y el límite a dicha acción debe tener como finalidad el respeto y la realización de la dignidad y libertad humanas, esto no significa otra cosa que la realización, el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales, por lo que afirma la primacía de los principios sobre las directrices.

Ruiz Manero distingue también dos especies de normas constitucionales *constitutivas*: las normas *puramente constitutivas* y las normas que *confieren poderes normativos*. Dentro de los poderes que confieren estas normas, distingue en: *poderes de autonomía* y *poderes de heteronomía*. Y dentro de las normas que confieren poderes de heteronomía, distingue una subespecie: las *normas que confieren poderes para dictar normas jurídicas generales*, es decir, leyes en sentido amplio[337]. Este último tipo de normas es el que nos interesa aquí, ya que el Derecho penal es altamente cuestionado porque cuestiona en gran medida las relaciones sociales de poder, es decir, las relaciones sociales dadas en el marco de un sistema social total que se resiste a ser cuestionado. Dicho de otro modo, es una cierta clase corporativa, en un contexto de correlación de fuerzas, la que va gestando la ley penal hasta su promulgación y en paralelo empieza la resistencia a la ley, a la cual se van sumando otras organizaciones hasta lograr la abrogación total de la ley.

Volviendo a los criterios sostenidos por Ruiz Manero, el *estado de cosas* comprendería, dentro de la norma que confiere poder para la producción legislativa, los diversos ámbitos de

[336] Idem. p. 51 y ss.
[337] Idem. p. 69 y ss.

competencia (ámbitos de validez) de la ley: material, personal, temporal y espacial. La *secuencia de acciones* equivale al procedimiento complejo del dictado de una ley: la serie de acciones que configuran el *iter* que va desde la presentación del proyecto de ley hasta la publicación de la ley. Los *sujetos* serían los órganos a los que corresponde efectuar cada una de la serie de acciones que integran este procedimiento complejo: el gobierno, el presidente de la cámara, etc. El *contenido* alude al contenido proposicional constitucionalmente admisible o a los límites del contenido proposicional constitucionalmente admisible en la regulación legislativa[338]. Dentro de este esquema, es la correlación de fuerzas corporativas la que determina, en última instancia, la gestación, promulgación y abrogación de una determina ley. Correlación de fuerzas que incide inclusive en la interpretación del mismo texto constitucional; al respecto, es esclarecedor lo sostenido por Ruiz Manero cuando se pregunta qué peso haya que dar a lo que podemos llamar principio de obediencia a las autoridades instituidas por la Constitución frente a otros principios contenidos en la misma Constitución es algo que, naturalmente, dice Ruiz Manero, el texto de la Constitución no determina, ni puede determinar, porque se trata de una cuestión de criterios últimos de interpretación constitucional. Es decir, de criterios que, por su carácter último, no pueden ser más que criterios aceptados, no criterios ordenados por la Constitución y que no pueden dejar de constituir, por ello, terreno de enfrentamiento entre diversas concepciones constitucionales[339].

Aquí se podría pensar en la interpretación que el Tribunal Constitucional Plurinacional realizó sobre el contenido de las normas constitucionales, para habilitar al presidente Evo Morales Ayma a una nueva postulación presidencial, análisis que no puede dejar de considerar los resultados del referéndum del 21 de febrero de 2017. En suma, la gestación, promulgación y abrogación de una ley y la sentencia constitucional de re - postulación presidencial, se dan en un contexto de correlación de fuerzas nacionales y mundiales distintas a las que existían en los años 2000 al 2005 y del año 2006 al 2010, contexto en el que se vivía

[338] Idem. p. 73.
[339] Idem., p. 77.

una especie de, en los términos de Luis Tapia, política salvaje. Dicho de otro modo, observo que a partir del año 2010 se empiezan a reacomodar ciertas corporaciones sociales que en un primer momento de la llamada revolución cultural fueron cuestionadas, combatidas y hasta pretendían su destrucción. Reacomodo social que se da en base a la reproducción de las formas jurídicas que también, en un primer momento, pretendían ser cuestionadas, combatidas y destruidas, pese a la vigencia desde el año 2009 de la actual Constitución Política del Estado. Aspectos sobre los que volveremos más adelante.

Por otra parte, para Ferrajoli el constitucionalismo pospositivista y tendencialmente neoiusnaturalista va más allá de la simple discusión entre separación o conexión del derecho y la moral. En realidad, argumenta Ferrajoli, los que sostienen la conexión entre derecho y moral es una tesis bastante más comprometedora, a saber, que los principios constitucionales, poco importa si todos o algunos, incorporan no *una* determinada moral, aunque sea compartida, sino *la* moral o *la* justicia en un sentido objetivo de la palabra. Así pues, esta tesis, nos dice Ferrajoli, descansa en la idea de que existe, no una pluralidad de concepciones morales y políticas diversas y a veces en conflicto, sino *la* moral; y que esta se identifica, en todo o en parte, con el conjunto o con la mayor parte de los valores establecidos por las actuales constituciones democráticas. Por tanto, para quienes sostienen esta idea, los principios formulados en nuestras constituciones –la igualdad, la libertad, los derechos fundamentales- no son simplemente valores de justicia que ellos comparten y defienden con firmeza, sino principios y contenidos de justicia "verdaderos" y, en algún sentido de la palabra, "objetivos"[340]. Sin embargo, Ferrajoli argumenta que la moral y la justicia son siempre puntos de vista externos al derecho. Prueba de ello es que tales principios y valores no están en absoluto dados, sino que todos se han afirmado históricamente frente a principios y valores diametralmente opuestos pero compartidos por grandes mayorías y que se han estipulado en el pacto constitucional de convivencia precisamente porque, todavía hoy, no suscitan universal consenso y, por eso, deben ser puestos al reparo de contingentes y siempre

[340] Ferrajoli Luigi, "El constitucionalismo entre principios y reglas", en: ***Un debate sobre principios constitucionales***, Palestra Editores, Lima, 2014, pp. 178 a 180.

posibles mayorías contrarias, y, además, los defendemos con tanta mayor fuerza y pasión cuanto más constatamos que no son universalmente compartidos y menos aún tenidos por objetivamente verdaderos, sino, al contrario, constantemente violados, ignorados e incluso negados o contestados, sentencia Ferrajoli[341]. En esta discusión, Ferrajoli identifica y distingue dos concepciones metaéticas: ***aa)*** la concepción ontológica del que considera que existe un mundo objetivo de valores morales respecto del cual una tesis moral puede ser calificada de verdadera o falsa, y ***ab)*** la concepción racionalista de quien considera que los juicios morales pueden ser tenidos como verdaderos o como falsos según cuenten o no con una justificación adecuada fundada en principios morales asumidos como objetivamente válidos. Por otra parte, estarían las concepciones diversas al anti-objetivismo moral: ***ba)*** la concepción escéptica del que entiende que los juicios morales no son argumentables racionalmente, al ser fruto de opciones subjetivas y emotivas ni verdaderas ni falsas; ***bb)*** la concepción racionalista de quien considera que, en último término, los juicios morales no son ni verificables ni refutables, aunque sí argumentables racionalmente a partir de asunciones que son el fruto de opciones subjetivas que, siendo argumentables, no son ni verdaderas ni falsas.

Volvamos al ejemplo de la edad límite para ejercer el cargo de fiscal de materia de lo penal. Veamos que el artículo 14.II de la Constitución establece que: *"El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad…sic";* el artículo 46.I.1 declara que toda persona tiene derecho: *"Al trabajo digno […] sin discriminación, y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna";* el artículo 48.VII asigna que: *"El Estado garantizará la incorporación de las jóvenes y los jóvenes en el sistema productivo, de acuerdo con su capacitación y formación"*; y el artículo 45.IV asigna también que: *"El Estado garantiza el derecho a la jubilación, con carácter universal, solidario y equitativo"*. El caso es que, recordemos, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la sentencia constitucional

[341] Idem., p. 181.

plurinacional N° 1035/2014, de 9 de junio de 2014, asigna mayor peso a la condición biológica por el transcurso del tiempo en una doble vertiente: primero, que las personas adultas mayores están expuestas a diferentes riesgos y que en *general* a mayor edad y situación de abandono de una persona adulta mayor por parte de su familia, la protección por parte de las autoridades públicas y la sociedad debe ser más, que en un mercado laboral competitivo los adultos mayores, por su edad justamente, son susceptibles a ser víctimas de discriminación, de forma que puede resultarles más dificultoso encontrar una nueva fuente respecto a una persona más joven; en segundo lugar, se argumenta que toda persona adulta adquiere a lo largo de su vida cierta experticia o destreza en una determinada materia y, la mera acumulación de años y específicamente el cumplimiento de sesenta y cinco años, no necesariamente impide que los mismos puedan seguir desempeñando sus funciones, de ahí, dice el Tribunal Constitucional Plurinacional, que pueda observarse diversidad de funcionarios estatales con dicha edad que cumplen eficientemente sus labores. Estos serían, en el caso concreto, los argumentos para que este grupo social cuente con tutela constitucional reforzada. En la sentencia que se analiza, el Tribunal agrega que la norma impugnada no implica una causal de jubilación automática y obligatoria sino más bien una causal de cesación, y que la protección que las autoridades deben brindar a las personas adultas mayores, debe traducirse en la formulación de políticas públicas (generales).

4.5.-Derecho Penal e interpretación por principios

Tratemos de desmontar la *verdad* de los argumentos sostenidos por el Tribunal Constitucional Plurinacional para comprender de mejor manera la posición argumental de Juan Ruiz Manero y de Luigi Ferrajoli. Veamos: el argumento central que nosotros sostenemos, siguiendo a Juan Ruiz Manero, es que el Tribunal Constitucional Plurinacional, a tiempo de dictar la sentencia constitucional N° 1035/2014, no ha comprendido que, en el caso sometido a su consideración, la norma contenida en el artículo 24.I.8 de la Ley Orgánica del Ministerio Público estaba dirigida a profesionales abogados en el ejercicio de las funciones de fiscal de materia de lo penal con edad de sesenta y cinco años, norma a la que Ruiz Manero llama *norma puramente constitutiva*; es a partir de esta constatación, grupo de personas a las que estaba dirigida la norma, que el Tribunal Constitucional debió ingresar a

resolver el conflicto entre el derecho al trabajo de este grupo de profesionales con el derecho que tienen los jóvenes profesionales abogados de acceder al cargo de fiscal de materia de lo penal, es decir, resolver el conflicto entre el artículo 46.I.1.2 con el artículo 48.VII y con relación al artículo 14.II. Constitucionales, sin descuidar que esta última norma constitucional protege el derecho a la igualdad en tanto que la discriminación es una especie de la desigualdad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el caso concreto, analiza el derecho fundamental al trabajo y la prohibición de discriminación, tomando como referencia a *las* personas adultas mayores, es decir, al grupo social en su generalidad y no a los fiscales. Identificados los dos *antecedentes*, la deliberación o ponderación entre el derecho al trabajo de los fiscales adultos mayores y el derecho laboral de los jóvenes abogados, hubiese desembocado, según Ruiz Manero, en una regla concluyente. Volviendo la mirada a los argumentos de Ferrajoli, recordemos que el Tribunal Constitucional Plurinacional argumenta que las personas adultas mayores a mayor edad están expuestas a abandono por parte de su familia y a diferentes riesgos. Si consideramos que la norma impugnada de inconstitucional está dirigida a los fiscales con sesenta y cinco años de edad, la pregunta sobre este arsenal argumental es ¿cuál el dato empírico constatable para sostener que el grupo de personas a la cual está dirigida la norma jurídica sufre de abandono familiar y por este motivo estaría expuesto a los riesgos propios de un mundo insensible y por ello merece ejercer el cargo de fiscal de materia de lo penal, por ejemplo, hasta su muerte? Es evidente que, en una sociedad como la boliviana, ciertas personas, no todas, que pertenecen al grupo social de las personas adultas mayores, sufren las desigualdades sociales, siguiendo a Heidegger diremos que: una persona en el momento mismo de su nacimiento esta lista para morir. Pero de ahí a que un abogado de sesenta y cinco años de edad que ha tenido una carrera profesional y también una carrera fiscal este expuesto de manera intensa, por así decir, a las dificultades propias de la vida y por ello merezca protección laboral con mayor peso que un joven abogado, resulta ser una posición moral del todo o nada, pero insostenible (Véase mi emotividad concluyente si me hubiese tocado resolver el caso con 65 años en la espalda). Lo propio ocurre cuando el Tribunal Constitucional argumenta que en un mercado laboral competitivo los adultos mayores, por su edad, son susceptibles a ser víctimas de discriminación, de forma que puede resultarles más dificultoso encontrar una nueva fuente

laboral respecto a una persona más joven. Pero de manera contradictoria, el mismo Tribunal argumenta que toda persona adulta adquiere a lo largo de su vida cierta experticia o destreza en una determinada materia y, la mera acumulación de años y específicamente el cumplimiento de sesenta y cinco años, no necesariamente impide que los mismos puedan seguir desempeñando sus funciones. Pongámonos de acuerdo: llegar a la edad de sesenta y cinco años los pone en desventaja con relación a los jóvenes abogados o, por el contrario, la experiencia acumulada durante toda su carrera profesional y en especial el ejercicio de la carrera fiscal pone a los jóvenes abogados en desventaja. Pero aquí, nuevamente podríamos preguntarnos ¿Cuál es el dato científico que haga presumir al Tribunal Constitucional que un joven abogado tenga menos destrezas que un abogado adulto-mayor o viceversa?

Se puede argumentar en uno u otro sentido, como acabamos de demostrar. Pero, dado que quien realiza la argumentación o justificación es una autoridad (los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional), esta decisión, según Ruiz Manero, es vinculante por mucho que esté equivocada, pues por su carácter último no puede ser más que aceptado. Por ello, Ferrajoli afirma que la posición metaética de la mayor parte de los principialistas que sostienen la conexión de derecho y moral refleja preferentemente la tesis que afirma que los juicios morales pueden ser tenidos como verdaderos o como falsos según cuenten o no con una justificación adecuada fundada en principios morales asumidos como objetivamente válidos, por ejemplo decir que un fiscal de sesenta y cinco años de edad, por su edad, está en desventaja con relación a un joven abogado. Incluso Ferrajoli extrema su crítica diciendo que la defensa del objetivismo moral, aunque sea débil y moderado, por parte de muchos neoconstitucionalistas principialistas, está en realidad conectada con la defensa de la tesis ontológica que considera que existe un mundo objetivo de valores morales respecto del cual una tesis moral puede ser calificada de verdadera o falsa[342]; por ejemplo, decir que un fiscal de sesenta y cinco años de edad merece tutela constitucional reforzada porque su edad le pone en mayor riesgo de sufrir las tempestades de la vida, mientras un joven abogado tiene

[342] Idem. p. 184 y 192.

más fuerzas para resistir las tempestades de la vida, aunque en ambos sujetos las necesidades sean las mismas, por ejemplo estar sometido a esclavitud por el sistema financiero.

Diré también, a diferencia de lo que sostiene el Tribunal Constitucional Plurinacional, que el derogado artículo 24.I.8 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en la frase: "Haber cumplido 65 años de edad", tiene o tenía que ver, y mucho, con el derecho a la jubilación y con el derecho a una vejez digna previstos en los artículos 45.IV y 67.I de la Constitución. Pues jubilación es: emancipación, es decir, libertad, gozo, alegría, disfrute de la vida; pero, como dice la Constitución Política del Estado, en condiciones de dignidad. Y dignidad humana no es otra cosa que vivir en condiciones satisfactorias. Y satisfacción es tener lo necesario para vivir la vida en los últimos tramos de la vida, es decir, vivienda, agua, luz eléctrica, gas domiciliario, alimento, vestido, salud, afecto, comprensión, etc. De ahí que se justifiquen los tipos penales, como reglas de conducta y actuación, que protegen y sancionan la infracción a los deberes previsionales, pero no es suficiente. El problema real es que el sistema de jubilación en Bolivia es sinónimo de muerte. Las personas adultas mayores, pertenecientes a un sub grupo que podríamos llamar la clase profesional, se resisten a la jubilación, no porque, como dice el Tribunal Constitucional, tienen experiencia y pueden todavía servir a la sociedad o porque los jóvenes tiene ventajas sobre ellos, sino porque el sistema de jubilación les resulta indigno, es decir, discuten su permanencia en la población económica activa porque el sistema de relaciones sociales en su componente económico, patrón de constitución de sociedad lo llama Luis Tapia, les ha condenado a la esclavitud hasta su muerte. Antes de morir deben pagar el crédito bancario y no existe tiempo para el jubileo, es el dolor de la carne que hace necesario someterse a la esclavitud, por tanto, la muerte es la única posibilidad de emancipación. Por este motivo doy crédito al Tribunal Constitucional, en la sentencia constitucional que se analiza, cuando sostiene que las autoridades políticas deben trabajar, agregaría que todos debemos trabajar, en políticas públicas para generar no solo empleos, sino para cambiar las concretas relaciones sociales, como medio para asegurar a todos una existencia digna. Entonces, a diferencia de Heidegger, parafraseando a Levinas diremos que: hay tiempo, tiempo para cambiar, que otro mundo es posible, un mundo donde no se necesite pesar o ponderar los derechos humanos fundamentales, sino ejercerlos.

Volviendo a la tesis de Ferrajoli, sostiene que existen muchas normas que son al mismo tiempo reglas y principios, que no existe una diferencia de estructura sino de estilo, por lo que principios y reglas son caras de la misma moneda, por lo que los llama *principios regulativos* y *principios directivos* a las normas que formulan objetivos políticos y por eso no son concebibles una violación o una específica observancia[343]. Los principios regulativos jugarían un papel ambivalente, es decir, como argumentos en las motivaciones de la interpretación judicial o de la política legislativa y; como reglas, se aplicarían o se actuarían; en este entendido, derechos fundamentales son ante todo, nos dice Ferrajoli, derechos subjetivos que se distinguen por su carácter universal, o sea, general además de abstractos, en el sentido lógico de la cuantificación universal de sus titulares (*ómnium*). En segundo lugar, consisten en expectativas negativas de no lesión, como en el caso de todos los derechos de libertad y de inmunidad, o bien en expectativas positivas de prestación, como lo son todos los derechos sociales, por ejemplo los derechos a la educación. A ellos corresponde, en tercer lugar, prohibiciones y obligaciones (*erga omnes*) impuestas a la esfera pública como sus garantías. En cuarto lugar, y consecuentemente, los mismos tienen cono temas-objeto y como referencias empíricas comportamientos determinados, que son exactamente los mismos que forman los temas-objeto y las referencias empíricas de sus garantías: la no lesión de los derechos de libertad, con la consiguiente prohibición, y la satisfacción de los derechos sociales, con la consiguiente obligación por parte de los poderes públicos[344].

Veamos un caso concreto, el de los médicos que protagonizaron una huelga sin precedentes, cohesionando a otros sectores sociales, oponiéndose a la Ley 1005.

El artículo 35.I de la Constitución Política del Estado establece que: *"El Estado, en todos sus niveles, protegerá el derecho a la salud, promoviendo políticas públicas orientadas a mejorar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso gratuito de la población a los servicios de salud"*; el artículo 37 también constitucional dice que: *"El Estado tiene la*

[343] Idem. p. 196.
[344] Idem. p. 197.

obligación indeclinable de garantizar y sostener el derecho a la salud, que se constituye en una función suprema y primera responsabilidad financiera. Se priorizará la promoción de la salud y prevención de las enfermedades"; y el artículo 39 del mismo cuerpo normativo fundamental establece que: *"I. El Estado garantizará el servicio de salud público y reconoce el servicio de salud privado; regulará y vigilará la atención de calidad a través de auditorías médicas sostenibles que evalúen el trabajo de su personal, la infraestructura y el equipamiento, de acuerdo con la ley. II. La ley sancionará las acciones u omisiones negligentes en el ejercicio de la práctica médica"*. Estas normas constitucionales que protegen y garantizan el derecho y acceso a la salud y además establecen la obligación de producir normas de actuación, no pueden ser entendidas sin considerar las disposiciones generales referentes a la organización económica del Estado, específicamente el artículo 306.V el cual establece que: *"El Estado tiene como máximo valor al ser humano y asegurará el desarrollo mediante la redistribución equitativa de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación, cultura, y en la reinversión en desarrollo económico productivo"*. (Los subrayados son nuestros).

Véase que las normas constitucionales citadas no adoptan la forma de *principios* sino de *reglas*; es decir, adoptan la forma de obligaciones y prohibiciones: "El Estado *protegerá*… el derecho a la salud" "El Estado tiene la *obligación* indeclinable de *garantizar*…" "El Estado *garantizará*…" "La ley *sancionará* las acciones u omisiones negligentes…". Desde el punto de vista de su destinatario: *las personas en general*, el *derecho* a la salud no es una expectativa o una posibilidad en su ejercicio, este derecho *se* ejerce; para los *poderes públicos*, es una obligación garantizar el acceso a la salud y además tienen la obligación (el Órgano Legislativo) de producir normas de actuación, por ejemplo la creación de tipos penales que protejan la salud de la mala praxis médica según mandato constitucional previsto en los artículos 35.I y 39.II, en este caso la ley penal tendrá como destinatario a las personas que ejerzan la práctica médica y en dicho ejercicio se constate negligencia. Por esta ambivalencia, por contener derechos y obligaciones, Ferrajoli llama a estas normas *principios regulativos*.

Por otra parte, nótese que el artículo 35.I citado, impone la obligación al Estado de *promover políticas públicas* para mejorar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso gratuito de la población a los servicios de salud, por ejemplo construcción de hospitales, equipamiento médico, inversión económica en las carreras de medicina y también a través de leyes de actuación, por ejemplo una ley que establezca que todos aquellos bachilleres mejores de su clase que deseen estudiar medicina y al ser el derecho a la salud función suprema y primera responsabilidad financiera del Estado, el Estado se hará cargo de la profesionalización de estos bachilleres a través de becas completas. En este sentido, según Ferrajoli, está norma sería una *norma directiva*.

Consiguientemente, podríamos afirmar, que nuestra constitución adopta la forma del constitucionalismo fuerte o garantista en los términos sostenidos por Ferrajoli, pues en el caso que se analiza el derecho a la salud *se* ejerce y no puede constituirse en una expectativa, y, además, es una *obligación* para el Estado el garantizar y proteger este derecho. Sin embargo, la palabrita "*progresivos"* que aparece en el artículo 13.I de la Constitución Política del Estado, hace ver que el derecho a la salud también puede estar sometido a ponderación o deliberación y las razones que juegan en esta operación ya no dependen del texto constitucional sino de las subjetividades, de la hoja de ruta que decidan seguir los que ejercen el gobierno del Estado, Luis Tapia lo llama régimen político, pese a que la Constitución señala claramente la ruta a seguir cuando proclama que el derecho a la salud se constituye en una *función suprema y primera responsabilidad financiera del Estado*. Claro está que la actuación debe realizarse sin descuidar la creación de condiciones para la realización de los otros derechos, según disposición del artículo 13.III de la Constitución. Basta con mirar los presupuestos económicos del Estado para darnos cuenta que la salud no es prioridad, sin entender prioridad como jerarquía o superioridad.

Diré entonces, que la profesión médica y su ejercicio juegan de manera positiva y negativa en las relaciones sociales interpersonales, determinadas muchas veces por el contexto externo en el que se dan estas relaciones y por la subjetivad propia de uno de los sujetos de la relación. No debe sorprender, con relación a la última condición determinante, que es la propia ciencia de la medicina que despliega un alto grado de complejidad en el ejercicio de la profesión

médica y es, paradójicamente, esta misma complejidad la que determina la infracción penal. Tomando como principio material de discusión la "vida", es indudable que la acción de todo médico es la salvaguarda de la vida del paciente en todas sus formas (aspecto positivo), pero es también cierto que esta relación le exige un grado mayor de responsabilidad con relación al resto de la sociedad o con relación a otras profesiones, pues se debe tener en cuenta que la primera relación no es entre persona *y* persona sino entre *persona y la vida misma*, de ahí que sea el propio médico quien se imponga la responsabilidad de desarrollar al máximo sus propias destrezas intelectuales y físicas (aspecto subjetivo) y se exija también la implementación de políticas públicas (contexto externo) para que la negligencia médica siga siendo la excepción (aspecto negativo) y no la regla. El aspecto subjetivo y el contexto externo juegan un papel fundamental para evitar la alteración de la pacífica convivencia social. Se trata entonces de modificar las relaciones técnicas para mirar a un Derecho Penal mínimo como el que actualmente se propone en Bolivia. De lo que sí debe estar seguro el médico es que su actividad estará expuesta a infracción penal porque su *relación es con la vida*. De ahí la obligación del legislador de observar la regla contenida en el artículo 39.II de la Constitución, es decir, la creación de tipos penales que protejan la vida y la integridad física de las personas de la práctica médica negligente. Del mismo modo, el mismo artículo 39.I opera no solo como *regla directriz*, sino también como *regla regulativa* destinada a la jurisdicción penal como parámetro para valorar y comprender si el hecho es o no constitutivo de negligencia médica. Es aquí donde confluye el aspecto subjetivo y el contexto externo al que hemos hecho referencia; también lo referente al principio de interpretación intercultural y al principio fundamental de la responsabilidad objetiva.

Por otra parte, recordemos que Juan Ruiz Manero sostiene que los principios contenidos en la Constitución son principios que están en permanente conflicto, al respecto Ferrajoli afirma que gran parte de los conflictos entre derechos, imaginables en abstracto, no son conflictos en sentido propio que requieran ponderaciones. Se trata más bien, sostiene Ferrajoli, de límites impuestos por alguno de ellos al ejercicio de otros, implícitos en la estructura lógica de los mismos principios o derechos, a veces explicitados por las propias normas constitucionales y en todo caso reconocibles en general y en abstracto en sede de

interpretación judicial o doctrinal[345]. Y sobre las soluciones en concreto, sostiene que objeto de valoración o comprensión, a los fines de la solución en concreto de las controversias generadas por el concurso de normas, no son los principios, que son solo objeto, en cuanto normas jurídicas de interpretación, ni tampoco las razones, que son objeto de argumentación, sino solo las circunstancias o propiedades de los casos concretos, siempre singulares e irrepetibles[346]. Al respecto, Juan Ruiz Manero aclara que lo que los principialistas dicen que hay que ponderar es el peso de las razones que, en uno y otro conjunto de circunstancias genéricas, respaldan a los principios en conflicto[347]. En esta misma línea, Robert Alexy dice que no son los objetos sino los *criterios* de *valoración* los que tienen que ser designados como "valor" y que pueden apoyarse en uno o en varios criterios de valoración; agrega que esto responde no sólo a consideraciones sistemáticas sino también al uso general del lenguaje[348].

Con este criterio vamos ingresando a un terreno arto problemático, pues la posibilidad de ejercer ciertos derechos puede quedar determinado por un criterio que derive de una simple construcción social artificial, por ejemplo, el derecho del hombre a postularse a un cargo público puede quedar limitado por la famosa alternancia de género o la simple expresión de una palabra puede derivar en una sentencia penal por delito de racismo o por violencia política. Al respecto es interesante lo que escribe Zagrebelsky, apoyándose en los criterios de Smend y Giaformaggio, sobre las reglas y principios: sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosos métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. Las fórmulas "de principio" son a menudo expresiones un

---

[345] Idem. p. 211.
[346] Ferrajoli Luigi, "Dos concepciones de los principios: una respuesta a Juan Ruiz Manero", en: ***Un debate sobre principios constitucionales***, Palestra Editores, Lima, 2014, p. 285.
[347] Ob. Cit. Ruiz Manero Juan, "A propósito de un último testo de Luigi Ferrajoli: una nota sobre reglas, principios, "soluciones en abstracto" y "ponderaciones equitativas". P. 262.
[348] Alexy Robert, ***Teoría de los derechos fundamentales***, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid – España, 1993, p. 143.

tanto banales, "producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano" (nota omitida), pero no por ello menos venerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc., y que, más que "interpretadas" a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su *ethos* (nota omitida). En pocas palabras, continua Zagrebelsky, a las reglas "se obedece" y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, "se presta adhesión" y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión[349]. Volviendo a los ejemplos mencionados, es común, especialmente en los círculos parlamentarios, escuchar, de uno y otro lado amenazas de querellas penales por racismo o por violencia política atendiendo únicamente a la expresión de las palabras que se lanzan y al texto literal de los tipos penales.

Finalmente, Ferrajoli toma posición afirmando que la ponderación es una operación jurídicamente incompatible con el principio de legalidad y con la lógica del estado de derecho, transformando la aplicación de la ley en una operación desvinculada de la misma. Sin embargo, aclara que esto no excluye en modo alguno el papel de la argumentación por principios. Al contrario, dice Ferrajoli, puede afirmarse que toda la actividad jurisprudencial, precisamente porque sometida a la ley y por ello a la carga de la motivación, consiste en una actividad argumentativa además de, y antes que, aplicativa[350]. Recordemos también su rechazo al objetivismo ético. Sobre esto último, véase el análisis que se hizo de la sentencia constitucional N° 1035/2014 de 9 de junio de 2014, que declara inconstitucional el artículo 24.I.8 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en la frase: "Haber cumplido 65 años de edad". Sentencia que plasma el objetivismo ético. O sea: es malo limitar el ejerció del cargo de fiscal al abogado adulto mayor, porque por su edad es vulnerable ¡Qué gran verdad!.

---

[349] Zagrebelsky Gustavo, ***El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia***, traducción de Marina Gascón, Ed. Trotta, Valladolid – España, 1999, p. 110.
[350] Ob. Cit. Ferrajoli, "El constitucionalismo entre principios y reglas"…, p. 224.

4.6.- Juicio de ponderación constitucional

Por su parte, el profesor Luís Prieto Sanchís, al analizar el **juicio de ponderación constitucional**, nos recuerda que los criterios tradicionalmente utilizados para resolver las antinomias son bien conocidos: el *jerárquico*, en cuya virtud la ley superior deroga a la inferior; el *cronológico*, por el cual la ley posterior deroga a la anterior; y el de *especialidad*, que ordena la derogación de la ley general en presencia de la especial. Los dos primeros serían inservibles para resolver las antinomias cuando dicha antinomia de produce dentro de un mismo documento legislativo, pues todos sus preceptos son perfectamente coetáneos y gozan del mismo nivel jerárquico. En tales casos, nos dice el profesor Prieto Sanchís, sólo resulta procedente observar el criterio de especialidad, concibiendo la norma especial como una excepción a la disciplina prevista por la norma general. Pero excepción, recalca el profesor Prieto Sanchís, que pretende operar en todos los casos: siempre que se dé el supuesto de hecho contemplado en la norma especial deberá adoptarse la consecuencia jurídica que ella imponga sobre la prevista en la norma general. Siendo posible observar el criterio de especialidad incluso en el seno de la normativa constitucional relativa a los derechos[351]. Por ejemplo los derechos especiales que se les reconoce a las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos establecidos en el catálogo del artículo 30 y artículo 31 constitucional, que en tanto sus miembros también conforman o son parte de la Nación boliviana, les son igualmente reconocidos el resto de los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución Política del Estado, pese a que el artículo 14 de la Constitución proclama que todo ser humano goza de los derechos reconocidos por la Constitución, sin distinción alguna. Sin embargo, el profesor Prieto Sanchís también sostiene que el criterio de especialidad en ocasiones puede resultar insuficiente para resolver ciertas antinomias, concretamente aquellas donde no es posible establecer una relación de especialidad entre las dos normas; por ejemplo, porque las normas carezcan de condición de

[351] Prieto Sanchís Luís, "El juicio de ponderación constitucional", en AA.VV. ***El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional***, Editor Miguel Carbonell, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ra. edición, Quito – Ecuador, 2008, p. 86 y 87.

aplicación o porque ésta se halle configurada de tal manera que no permita decir cuál de ellas representa una excepción frente a la otra[352]. Por ejemplo, en el plano infraconstitucional, el artículo 25 del vigente Código Penal establece que la sanción tiene como fines la enmienda y readaptación social del delincuente, así como el cumplimiento de las funciones preventivas en general y especial. Tarea difícil que se le asigna al juez a tiempo de considerar y determinar la sanción penal, pues cuales sean los criterios a tomar en cuenta para alcanzar tales y variados fines es una cuestión que no lo dice la ley especial. Dicho de otro modo, no existe una fórmula precisa para alcanzar la variedad de fines y funciones que se proponen alcanzar a través de la sanción penal, pues las circunstancias que aparecen en el catálogo del artículo 37 del vigente Código Penal, si bien son de obligatoria observancia por parte del juez, no son más que criterios rectores a tomar en cuenta sin un contenido preciso. Así, es posible que la sanción penal de Reparación Económica sea adecuada precisamente para reparar a la víctima pero no para alcanzar la reintegración social del autor. En el primer caso, reparación a la víctima, habrá cumplido el mandato del artículo 113.I de la Constitución Política del Estado; en el segundo caso, reintegración social del autor, nada hay que pruebe que pueda al mismo tiempo cumplir con el mandato establecido en el artículo 118.III constitucional, asumiendo el criterio de que la sanción de Reparación Económica es mucho más idónea para la reintegración social que una sanción privativa de libertad. A este tipo de antinomias, el profesor Prieto Sanchís, las llama externas o propias del discurso de aplicación. Por otra parte, en el plano abstracto no se observa contradicción alguna, pues el conflicto jurídico penal es de dos, un victimario y una víctima, esta tiene derecho a la reparación de sus derechos vulnerados por la acción delictiva y el infractor penal tiene derecho a seguir siendo considerado como parte de la sociedad. A este tipo de antinomia, las llama internas o propias del discurso de validez.

Véase que para nosotros las normas constitucionales previstas en los artículos 9, 113.I y 118.III, tienen contenido regulativo y por ello aplicables a casos concretos. En otros términos,

[352] Idem.

es válido y coherente que la víctima sea reparada en sus derechos y el delincuente a ser tratado como persona y así mantener la armonía social. El problema radica en establecer cual el criterio para –con una sola clase de sanción o dos clases de sanciones- alcanzar al mismo tiempo la reparación de la víctima, por una parte, la reintegración social por otra parte, y finalmente el retornó de la armonía a la comunidad que fue alterada por la infracción penal. De ahí que seamos del criterio de que el juez debe recurrir a los criterios de racionalidad, utilidad, proporcionalidad y personalidad de la sanción. Consiguientemente, es en el momento de valorar el caso concreto, siempre singular e irrepetible, cuando los criterios o principios regulativos señalados empiezan a operar, momento en el cual el juez, portando dichas herramientas, se pone de frente al conflicto jurídico penal con la misión de solucionarlo mediante la *construcción* de la sanción penal; por tanto, este tipo de reglas se constituyen en reglas directrices que sirven al juez para *construir* la sanción penal que se adecue y cumpla en la mayor medida posible. Así, retomando nuevamente los criterios de Roxin, solo mediante la valoración judicial de todas las circunstancias del caso concreto, acudiendo directamente a los fines de la pena, se puede determinar la medida de la pena e incluso renunciar a la sanción penal, con total independencia de si se atribuye o no a la persona la capacidad de actuar de otro modo, y qué sea lo exigible y por consiguiente lo reprochable, considerando cada una de las categorías del delito, es algo que solo el juez puede saberlo en atención al caso concreto con el que se enfrenta, atendiendo, como se dijo, a los fines de la pena.

Este método de solución de conflictos que en el neoconstitucionalismo principialista ha recibido el nombre de ponderación, que en el caso que nos ocupa incluiría la actividad de razonabilidad, proporcionalidad, utilidad y personalidad de la sanción penal para buscar la mejor decisión para el caso concreto que no es posible alcanzar mediante los criterios de jerarquía, cronología y de especialidad, se caracterizaría en último término porque sirve para fundamentar el enunciado de preferencia referido al caso concreto que pone en conflicto principios del mismo valor o jerarquía, pues el artículo 13.III de la Constitución Política del Estado al afirmar que: *"La clasificación de los derechos establecida en esta constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros"*, hace que, por ejemplo el ejercicio de los derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario

Campesinos, por principio no se encuentren en conflicto con el resto de los derechos fundamentales de las bolivianas y de los bolivianos, pero visto el campo de la realidad social, es indudable que dichos derechos se encuentren en conflicto permanente generando conflictos jurídico penales, conflicto que puede ser resuelto, por ser adecuado, conforme a los postulados de la ponderación atendiendo a los principios (derechos) en conflicto y al acaso concreto, cuyo resultado no excluye una solución diferente en otro caso. Se trataría, según Prieto Sanchís, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro. Es decir, el resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos[353].

Del mismo modo, para el profesor Prieto Sanchís, la ponderación constituye una tarea esencialmente judicial. No es que el legislador, nos dice Prieto Sanchís, no pueda ponderar. Al contrario, sostiene, nadie puede negar que serían deseables leyes ponderadas, es decir, leyes que supieran conjugar del mejor modo posible todos los principios constitucionales; y, en un sentido amplio, la ley irremediablemente pondera cuando su regulación privilegia o acentúa la tutela de un principio en detrimento de otro, es decir, cuando contribuye a "cerrar" lo que está "abierto" en el plano constitucional. Pero, lo que no puede hacer el legislador, a criterio de Prieto Sanchís, es eliminar el conflicto entre principios mediante una norma general, diciendo algo así como que siempre triunfará uno de ellos, pues eliminar la colisión con ese carácter de generalidad requeriría postergar en abstracto un principio en beneficio de

[353] Idem. pp. 99 y ss.

otro, y, con ello, establecer por vía legislativa una jerarquía entre preceptos constitucionales que, sencillamente, supondría asumir un poder constituyente[354].

Finalmente, Prieto Sanchís no deja de considerar las dificultades de la ponderación, entre sus diversas críticas está el hecho de no poderse negar el carácter valorativo y el margen de discrecionalidad que comporta el juicio de ponderación, pues ni los jueces ni la sociedad comparten una moral objetiva y conocida, ni son coherentes en sus decisiones, ni construyen un sistema consistente de Derecho moral para solucionar los casos, ni, en fin, argumentan siempre racionalmente; y ello tal vez se agrave, advierte Prieto Sanchís, en el caso de la ponderación donde las "circunstancias del caso" que han de ser tomadas en consideración constituyen una variable de difícil determinación, y donde el establecimiento de una jerarquía móvil descansa irremediablemente en un juicio de valor. La Constitución, como es obvio, no establece ningún orden jerárquico de valores, bienes o derechos y decidir que el sacrificio circunstancial de uno de ellos "merece la pena" desde la perspectiva de la satisfacción del otro entraña sin duda una valoración; valoración en la que –aunque no se quiera- pesará la importancia que cada intérprete concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia "cuantificación" de costes y beneficios en el caso concreto[355]. Sin embargo, para Prieto Sanchís la ponderación rectamente entendida tiene el sentido de garantizar la *racionalidad* y de suscitar el *consenso* en torno a las decisiones judiciales, y sobre todo, rescatamos el hecho de que la ponderación abre el juicio de constitucionalidad a los discursos aplicativos, es decir, que aún una ley soporte el juicio de constitucionalidad, esta puede no aplicarse según el supuesto examinado[356].

Sobre la crítica y la virtualidad de la ponderación, y en base al principio de *razonabilidad*, pensemos por un momento en la detención preventiva que en Bolivia se ha dispuesto en contra de una mujer vendedora de carne por haber lesionado a un perro que constantemente amenazaba su mercancía que le sirve de sustento. Si el principio de *razonabilidad* es un

[354] Idem. p. 105.
[355] Idem. p. 113 y 114.
[356] Idem. p. 123

principio carente de supuesto de hecho y por tanto un criterio que no es fijo ni estático y por ello puede ser adaptado a distintas circunstancias y corre en diversas direcciones, entonces este criterio permite al juez, dependiendo del caso concreto y de los derechos fundamentales en juego, apartarse de aplicar la ley aún ésta soporte el juicio de constitucionalidad. Dicho de otro modo, a pesar de que la ley es constitucional y aplicable al caso concreto, esta ley puede llegar a ser *irrazonable* en su aplicación de frente al caso concreto por estar en juego derechos constitucionales que podrían llegar a ser seriamente afectados considerando la mayor o menor satisfacción de otro derecho fundamental en juego. En el caso que se analiza, si el juicio de racionalidad ponderativa, es decir, el parámetro de dicho juicio de racionalidad se encuentra y debe partir de la Constitución Política del Estado, es obvio que la detención preventiva por lesionar a un perro o por matar a un perro (Biocidio), fuese cual fuese el motivo, resulta irracional aún la conducta esté descrita como delictiva y concurran los presupuestos de la detención preventiva, pues el primer parámetro normativo no es la ley especial sino la Constitución, y la Constitución Política del Estado establece que la protección de la libertad de las personas es deber primordial del Estado. Así, nadie puede obligar a una persona a tener los mismos sentimientos de amor hacia los animales que otras personas, pues el Derecho Penal no es ningún instrumento de pedagogía moral. Pero como advierte Prieto Sanchís, la ponderación no está libre de valoraciones subjetivas o de aberraciones morales. Recordando los criterios de Zaffaroni, podríamos decir que el *principio de racionalidad* opera como reductor de lo intolerable, es decir, como freno a la irracionalidad del poder; y con Roxin podríamos decir que no interesa si la vendedora de carne pudo actuar de otro modo, si le era o no exigible otro tipo de conducta, si actuó en legítima defensa de su derecho al trabajo vendiendo carne cuyo visitante asiduo amenazaba de manera actual e inminente su fuente de trabajo, sino de si es racional limitar la libertad personal considerando los fines que se le han asignado a la pena.

Entonces: la libertad personal como derecho fundamental de las personas y derechos de los animales (ponderación); límite de intervención estatal por medio del Derecho Penal según el peso de los derechos en juego (proporcionalidad); detención preventiva u otra medida menos gravosa (necesidad); finalidad de la medida adoptada (utilidad); la persona como esencia y presencia (personalidad y circunstancias históricas del hecho).

Concretado el principio de racionalidad y establecidas sus relaciones, antes de pasar a considerar el *principio de proporcionalidad*, y toda vez que se hizo mención a los derechos especiales reconocidos a las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos, veamos previamente el criterio de Ignacio Villaverde sobre la resolución de conflictos entre derechos fundamentales. Lo que ocurre, nos dice Villaverde, es que decir que existen conflictos entre derechos fundamentales es una forma engañosa de expresarse ya que hace pensar en una colisión entre derechos cuando la colisión es entre el derecho fundamental y sus límites. Y para ser más exactos, sostiene Villaverde, ni siquiera en puridad se puede hablar de conflictos o colisiones, porque los límites de un derecho fundamental no colisionan con él, sino que justamente sirven para solventar sus posibles colisiones con otros derechos, bienes e intereses[357]. En este sentido, para Villaverde la ponderación conduce inevitablemente a la jerarquización entre los derechos fundamentales, por cuanto la resolución de sus conflictos no se solventará examinando sus recíprocos límites, sino postergando la aplicación de uno en beneficio de la aplicación del otro según la jerarquía de los valores o intereses que encarnen. Ya no se aplican ambos derechos fundamentales al caso, sino que se acuerda suspender la vigencia de uno de los derechos en eses caso concreto (que puede recuperar sin embargo otro posterior similar) para aplicar en plenitud el elegido en la ponderación[358]. En definitiva, solo se puede ser coherente con la posición normativa de los derechos fundamentales si sesos conflictos se conciben como lo que en realidad son, un problema de delimitación y luego de limitación de los derechos fundamentales en presencia y existen ocasiones en que la propia norma iusfundamental excluye del objeto de uno de los derechos la conducta que aparentemente lesiona el otro derecho, bien o interés en conflicto. Por tanto, el límite al derecho fundamental preferido en el aparente conflicto no emana del resultado de una previa ponderación de bienes, sino que precede a toda ponderación, porque para resolver la colisión, primero hay que delimitar el derecho fundamental y aplicarle sus límites, finando

---

[357] Villaverde Ignacio, "La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad", en AA.VV. ***El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional***, Editor Miguel Carbonell, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ra. edición, Quito – Ecuador, 2008, pp. 175 y 176.

[358] Idem. p.179.

así el ámbito de s protección. Como se ve, nos dice Villaverde, es una cuestión de interpretación (delimitación/limitación) de los derechos fundamentales y especialmente de interpretación de sus límites y no de ponderación de los valores que encarnan[359].

Al respecto, véase que el artículo 30.II de la Constitución Política del Estado admite el criterio *limitación/delimitación* sostenido por Villaverde, pues los derechos especiales que se les reconocen a las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos se *ejercen en el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con la Constitución*. Véase también que el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, pese a que el Estado respeta y garantiza la libertad de religión, se declara independiente de la religión, el artículo 14.II y 21.3 Constitucionales, prohíben todo tipo de discriminación fundada en razón del *credo religioso* y se reconoce el derecho a la *libertad de religión y culto* expresados en forma individual o colectiva, *pero* con *fines lícitos*, es decir, al estar delimitado es inmune en su ejercicio, pero esta inmunidad, esta protección, puede ser perdida cuando el ejercicio de la religión o culto llega a revestir características delictivas susceptibles de lesionar derechos fundamentales de los demás. Sobre esta última norma de derecho fundamental, derecho a la libertad de religión y culto, recordemos que Juan Ruiz Manero lo tipifica como principio en sentido estricto, pues se caracterizan porque en su antecedente no se contiene otra cosa sino que se dé una oportunidad de realizar la acción modalizada en el consecuente, y en este último la obligación (o prohibición o permisión) meramente *prima facie* de realizar tal acción, por ejemplo médicos que se definen como testigos de Jehová, aquí no habrá inconveniente en que un médico testigo de Jehová pueda ejercer como nutricionista, pues su credo religioso no pone en riesgo la vida humana. No será lo mismo cuando el testigo de Jehová tenga que cumplir funciones en cuidados intensivos, pues aquí se requerirá con probabilidad transfusión sanguínea prohibida por la creencia religiosa, caso en el que prevalece el principio de protección de la vida humana[360].

---

[359] Idem. p. 180 y 181.
[360] Ob. Cit. Ruiz Manero Juan, ***Un Debate sobre principios…***, pp. 40 y 41.

Desde nuestro margen, es decir, desde la teoría de la determinación de la sanción penal, aquí ingresarían en juego los principios de los que venimos hablando, pues de darse el caso concreto de que un testigo de Jehová omita la transfusión de sangre al paciente o no permita el tratamiento médico de su hijo por cuestiones religiosas y por ello causa la muerte, entraremos al problema de cuál debiera ser la pena *racional*, si la prevista para el homicidio o para el homicidio culposo, etc. Dicho de otro modo, tomando en consideración el derecho a la libertad de culto y religión y el derecho a la vida, la pregunta que surge y que debe resolverse es cuál el grado de exigibilidad y reprochabilidad, es decir, en qué medida se le puede exigir a un testigo de Jehová, en las circunstancias señaladas, el respeto por la vida, para a partir de esta consideración determinar la magnitud de la sanción penal, tomando en cuenta que el ejercicio del derecho a la libertad de religión y culto debe ser ejercido con fines lícitos, es decir, que no dañen a los demás. La respuesta a tal cuestión ya no puede proporcionarnos la sola referencia al principio de culpabilidad, pues para decidir cual la pena adecuada que *atienda* a la reparación de la víctima, la reintegración del infractor y el retorno de la armonía a la comunidad, debemos recurrir al principio de necesidad y utilidad, y, a partir de ellos, construir la sanción adecuada al caso concreto. En otras palabras, dado el caso concreto, del ejercicio ponderativo y argumentativo *racionalmente* aceptable por un auditorio universal, puede llegarse a la conclusión de que el hecho, aun revistiendo culpabilidad, no requiere respuesta penal y, por tano, existirá ausencia de juicio de imputabilidad. Pero, por qué no resolver el asunto sin mayores complicaciones como las desarrolladas por los neoconstitucionalistas, diciendo que racionalmente nadie va al infierno ni al cielo si se abstiene de transfundir sangre, por el contrario esta acción significa homicidio y la ignorancia (creencia) lo que hace es atenuar la reprochabilidad, consiguientemente la imputabilidad penal relacionada a cuestiones esotéricas y la eventual respuesta penal deviene racional, más aún si proclamamos un Estado laico, donde según el estado de la cuestión Dios está muerto y seguirá muerto. Sin embargo, esta cuestión, de cual la pena adecuada no es solo una cuestión de ponderación conforme a los fines de la pena en abstracción del juicio de culpabilidad, sino de la forma como están configuradas las concretas relaciones sociales que en última instancia determinaran si se debe o no imponer pena. Al respecto, Roxin trae a colación un caso resuelto por el Tribunal Constitucional Federal. Se trataba, nos comenta

Roxin, de una mujer perteneciente a la "Hermandad evangélica" se había negado por motivos religiosos a ser hospitalizada y a que se le practicara una transfusión sanguínea que le salvaría la vida, porque había creído deducir de las Sagradas Escrituras que la curación se produciría más bien si se confiaba sólo en la oración. El marido, que pertenecía a la misma secta, había dejado expresamente la decisión al arbitrio de su mujer, pero también le había indicado que "en la asamblea" se les enseñaba "un camino distinto", el de la oración y que él mismo estaba "en contra del tratamiento hospitalario". Al morir su mujer fue condenado por omisión de socorro, basándose la condena en que habría debido aconsejar a su mujer que se sometiera a un tratamiento médico adecuado en vez de desaconsejarlo. El Tribunal Constitucional Federal declaró la impunidad, no ya en una causa de justificación, sino de exclusión de culpabilidad. Interesa aquí, según lo que informa el profesor Roxin, que el Tribunal Constitucional dijo o argumentó que tal acción "ya no es tan reprochable" que justifique una sanción penal. En este caso, explica Roxin, si bien se está afirmando la "culpabilidad", sin embargo niega la responsabilidad jurídico-penal sirviéndose de una argumentación político-criminal relativa al fin de la pena[361].

Siguiendo con la lógica argumental de Roxin, considero que cuando el Tribunal Constitucial expresa que "ya no es tan reprochable" la conducta del marido, los magistrados no han hecho otra cosa que referirse a la sociedad en concreto, es decir, que es la configuración concreta de la sociedad la que les permitió sostener tal argumento porque es la sociedad la que tolera tal conducta, aspecto que les da pie para considerar que no se requiere ninguno tipo de prevención general o especial. Diferente será el tratamiento de un caso similar en una sociedad donde prevalezca una determinada religión cuyo principio sea el respeto por la vida, por ejemplo la católica sobre la mormona en Bolivia, caso en el cual no creo que la sociedad esté dispuesta a aceptar que los mormones por cuestiones de creencia ataquen la vida, como ocurre también en el actual debate sobre el aborto, cuyo principal oponente a derrotar es la iglesia católica, pese a que el Estado se declara laico. Véase que es una cuestión de cuál de

[361] Ob. Cit. Roxin Claus, ***Prevención General…***, p. 90

las ideologías religiosas se impone en el contenido del Derecho. Ahora que los principios que operan como presupuestos de la pena, permitan que se pueda dejar impune un caso, imponer la pena máxima, imponer el mínimo penal u otra sanción no privativa de libertad, es una cuestión de *racionalización* del poder punitivo estatal. Dicho de otro modo, existe una ideología que prevalece y que admite o tolera otra, pero la limita.

Con relación al otro problema identificado, el ejercicio de los derechos de las Naciones Indígenas en el *marco de la unidad del Estado*, consideramos que las antinomias, por ejemplo el derecho a la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales y renovables existentes en su territorio, al estar limitados a la cuestión de la unidad del Estado y a eventuales derechos adquiridos por terceros, dichas antinomias, en palabras de Prieto Sanchis, surgen como necesarias y, por tanto, en palabras de Villaverde, si bien en principio fueron delimitados, se desarrollan en un contexto de limitación, pues considerando la realidad económica del Estado Plurinacional de Bolivia, la supuesta autonomía indígena, desde el momento constituyente, se veía como un obstáculo al desarrollo económico del país, tal cual ahora se muestra en la realidad post-constituyente. En otras palabras, las antinomias entre los derechos especiales de los Pueblos Indígenas y los derechos fundamentales de las bolivianas y de los bolivianos, no son circunstanciales sino que responden a intereses de clase en permanente conflicto que repercute en la formalización de los tipos penales y en la determinación de la sanción penal, como se verá más adelante.

Pasemos ahora a analizar el *principio de proporcionalidad*. Como ya se dijo, el Derecho Penal es un instrumento de máximo control social, responde y cuida ciertos intereses, por tanto, va encaminado a determinados fines. En palabras del profesor Prieto Sanchís, el conjunto de normas que llamamos Derecho positivo es el fruto de actos de producción normativa sucesivos en el tiempo y responden además a intereses e ideologías heterogéneas[362]. Consiguientemente, conforme al modelo de Estado y a sus bases de funcionamiento establecidos en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado, y,

[362] Ob. Cit. Prieto Sanchís, El juicio de ponderación constitucional…, p. 86

conforme a los principios, valores y fines del Estado plasmados en los artículos 7 y siguientes de la Constitución, se entiende que los jueces a tiempo de resolver un conflicto jurídico penal se constituyen en garantes de los derechos fundamentales de las bolivianas y de los bolivianos reconocidos en la Constitución Política del Estado. De ahí que si la Constitución (art. 9) determina los fines y funciones esenciales del Estado, el Derecho Penal debe constituirse en un medio para alcanzar dichos fines. Para ello se impone la necesidad de configurar un Derecho Penal de mínima intervención en lo estrictamente necesario. Dicho de otro modo, los principios constitucionales reproducidos en un Sistema Jurídico Penal, transversales a todo el sistema normativo penal, operan como configuradores del Derecho Penal y como límite al poder punitivo estatal, es decir, vinculan tanto al legislador como al juez. Es lo que ocurre con el principio de *proporcionalidad* que opera tanto en el momento de la configuración de los correspondientes tipos penales como en el momento de la determinación de la pena.

Recordemos que el profesor Zaffaroni es del criterio de que una teoría de la responsabilidad o respuesta punitiva que trate de limitar el poder punitivo habilitado en cada caso, no puede menos que ensayar una mínima regla de proporcionalidad con la gravedad del delito, derivada del conjunto de escalas penales en compatibilidad con el orden de bienes jurídicos lesionados que se desprenden de la Constitución y del derecho internacional[363].

De ahí que cuando se trata de *crímenes,* la intervención directa del poder punitivo del Estado se fundamenta, conforme al *principio de proporcionalidad*, en el criterio de *gravedad del hecho y el grado de ofensividad y dañosidad al bien jurídico tutelado*, cuya fuente de selectividad es la Constitución Política del Estado y el Derecho Internacional sobre Derechos Humanos. Lo propio ocurre cuando se trata de delitos, es decir, siempre que la acción delictiva sea imputada a un servidor o servidora pública, el hecho punible haya sido cometido en el ejercicio o razón de su cargo y se trate de un delito de corrupción o que haya causado grave perjuicio económico, salvo los casos de colaboración eficaz previstos en el

[363] Ob. Cit. Zaffaroni, Derecho Penal…, p. 1033

procedimiento para investigaciones complejas; se trate de hechos que configuren violencia contra las mujeres respecto de los cuales no esté permitida la conciliación, o cuando las víctimas sean niñas, niños o adolescentes; se trate de casos que resulten incompatibles con leyes de protección especial o instrucciones generales de la Fiscalía General del Estado fundadas en criterios de política criminal. No ocurre lo mismo tratándose de faltas o delitos menos graves, cosos en los cuales se admite de manera general el reenvío del caso a una de las salidas alternativas o a la justicia restaurativa.

Ya en el plano de la determinación de la sanción penal, es decir, cuando se ha sobrepasado todo mecanismo de solución del conflicto jurídico penal, por ejemplo la vía reparadora, la conciliatoria, la mediadora, etc. porque la *gravedad del hecho, el grado de ofensividad y dañosidad al bien jurídico tutelado* no permitan aplicar los mencionados mecanismos subsidiarios de solución del conflicto penal, el *principio de proporcionalidad aparecerá* como criterio para individualizar la sanción penal conforme al mínimo necesario y al fin perseguido que se adecue en lo posible a la reparación de la víctima, la reintegración del autor y el retorno de la armonía a la comunidad. Al respecto, Carlos Bernal Pulido sostiene que para apreciar la *proporcionalidad* se deben tomar en cuenta los siguientes elementos: *idoneidad, necesidad* y *proporcionalidad* en *sentido estricto*. Dicho con algunos ejemplos: el feminicidio y el homicidio de niño o niña, por ejemplo, están sancionados con penas de 30 años sin derecho a indulto y con reparación económica, en estos supuestos delictivos el juez, conforme a la gravedad del hecho y la intensidad de dañosidad al bien jurídico vida, no pude imponer solo la pena de reparación económica y sustraerse a la aplicación de la pena privativa de libertad, ya que para estos supuestos no se conoce otra reacción que no sea la pena privativa de libertad porque resulta ser idónea, necesaria y proporcional a los objetivos y/o fines que a la pena debe alcanzar, aunque en estos casos tenga mayor peso el restablecimiento o retorno de la armonía a la comunidad y se descuide la reparación a la víctima y la reintegración del infractor a la vida en sociedad. Piénsese ahora en el delito de estafa, atendiendo a las circunstancias del hecho, puede que para la solución del conflicto baste la sanción de reparación económica y no sea necesaria la pena privativa de libertad, es decir, la reparación económica sea idónea porque esta sanción está directamente encaminada a reparar a la víctima, sea además necesaria porque, entre las varias sanciones, esta resulta favorable

al derecho intervenido por la acción del delincuente y al derecho intervenido por la acción del poder punitivo estatal, y además resulte estrictamente proporcional porque se repara a la víctima, se interviene en el derecho a la propiedad del delincuente y no en su libertad, y porque, se entiende, la sociedad advierte que esta medida sancionatoria reafirma los derechos vulnerados, por tanto, como justa retribución para mantener el orden social o la pacífica convivencia. Se trata entonces de un juicio valorativo de proporcionalidad argumentativa por el cual el juez decide, según el caso concreto, cuál de las sanciones establecidas en el marco penal es la adecuada para atender a los fines asignados a la sanción penal. A diferencia del actual Código Penal, un Sistema Jurídico Penal que avance más allá de la dogmática penal permite al juez decidir, en base a los principios que venimos revisando, imponer una u otra sanción que se adecue de mejor manera a los fines de la pena, aunque, considero, que en todos los casos debe en lo posible concederse mayor peso a la reparación de la víctima por el carácter restaurador que se pretende instaurar.

Aquí es pertinente observar que el *criterio de proporcionalidad*, siguiendo a Moccia, sustituiría al criterio de culpabilidad, cuyos criterios de evaluación deberían ser dados por el título de imputación subjetiva y por la gravedad del hecho desde el punto de vista del peligro social, en el sentido del grado de ofensa al bien jurídico y del disvalor expresado por las modalidades de agresión a él[364]. Retomando el ejemplo del hecho calificado como estafa, en un caso el infractor puede estar movido por la codicia y el daño concreto provocado a la víctima sea severo, en otro caso puede tratarse de una acción movida por las necesidades apremiantes del infractor y el daño sea leve. Tal parece que el primer caso conlleva mayor grado de reprochabilidad que el segundo y por tanto merece la imposición de pena privativa de libertad más la sanción de reparación económica. Pero nada impide que el juez pueda imponer, en ambos casos y según el criterio de proporcionalidad, la sanción de reparación económica cubriéndose las expectativas materiales de la víctima. En ambos casos, no existe forma objetiva de probar que una u otra sanción sea advertida por la comunidad como justa,

[364] Ob. Cit. Moccia, El Derecho Penal entre Ser y Valor…, p. 91.

inclusive por la propia víctima. Es más, por lo general la racionalización del poder punitivo termina alcanzando a los más aventajados y excluyendo a los menos pudientes.

Sobre el *principio de utilidad* podemos decir que este principio informa que el único propósito que justifica la sanción penal es que no exista otra medida adecuada para solucionar el conflicto jurídico penal en vista de la lesión de los derechos y las modalidades de agresión. En tal caso, corresponde al juez, atendiendo a los efectos que pueda producir la pena, elegir la sanción penal, dentro de los cánones de legalidad en su vertiente de taxatividad expresado en la consecuencia jurídica prevista en el tipo penal. No obstante, es pertinente también señalar que este principio deriva de la intuición del juez, por lo que no existe nada que nos pueda hacer comprobar que tal sanción penal producirá tal o cual efecto, pero esta operación racional permite que la aplicación del Derecho Penal sea coherente con las expectativas de la víctima y con la realidad social, es decir, que se tome a la víctima no como objeto de prueba o como simple sujeto procesal, sino como protagonista del destino del proceso penal.

Finalmente, el Derecho Penal considera a sus destinatarios como seres libres, racionales e iguales, por lo que un hecho es imputable (reprochable) a una persona si al momento de realizar la conducta comprendía su ilicitud y podía adecuar su comportamiento a esa comprensión, considerando además la magnitud de culpabilidad por el acto y por el injusto cometido. De ahí que al individualizar la sanción penal el juez deba considerar el *principio de personalidad de la sanción penal*. Principio que también incluye consideraciones que no derivan o no son propios del acto delictivo y su resultado, por ejemplo cooperación con la justicia, mujeres con niños o niñas a su cargo, persona adulta mayor, personas con discapacidad, enfermedades terminales, predisposición a la reparación del daño causado a la víctima, actitud posterior al delito, etc. Pues, aunque se dice que la dictación de una determinada sanción penal afecta al victimario, esto resulta no ser cierto, ya que toda persona tiene un entorno social íntimo que termina siendo afectado por una determinada sanción penal. Véase al respecto los muchos niños y niñas que sufren el encierro carcelario de sus padres tratándose de violencia intrafamiliar.

Desde nuestro punto de vista, considerando el tipo de sociedad de la cual emerge y a la cual se aplica la norma jurídico penal, consideramos que el método ponderativo, más allá de la crítica naturalista y subjetivista que se le ha realizado, es una forma de acercar y de alejar al poder punitivo estatal del conflicto jurídico penal, de tal manera que el conflicto mismo y la forma de su solución a través del Sistema Jurídico Penal sirva para articular a las diferentes potencias sociales que se encuentran siempre en permanente conflicto, potencias sociales que en última instancia terminarán modificándose según la fuerza de las ideologías en tensión y a la cual, quiérase o no, responderá el juez a tiempo de conocer y resolver el caso concreto. Dicho de otro modo:

> El aspecto *fáctico* y *normativo* queda sintetizado en el *principio valorativo de racionalidad constructiva*, en sentido de que la forma de *gestionar* el conflicto jurídico penal debe *aproximarse* a la *máxima de justicia posible*, de tal manera que la solución del conflicto jurídico penal derive y quede sometida a las reglas del Derecho *interpretadas* conforme a los *valores y principios* constitucionales que fundamentan el orden político y la paz social, porque además, sostenemos, dichos valores y principios no solo fundamentan el orden político y la paz social, sino que operan como criterios *racionalizadores* del poder punitivo en un contexto de tensiones sociales internas y externas.

Veamos entonces algunos casos prácticos que nos permitan develar que la corrección del derecho y su validez está en la conciencia jurídica de la comunidad determinada por la acción de las personas en el contexto de sus relaciones prácticas y técnicas, por lo que un sistema penal abierto basado en principios tendría como objetivo racionalizar el poder punitivo estatal.

4.7.- Algunas cuestiones prácticas según los principios de racionalidad valorativa

Veamos en primer lugar la cuestión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Como ya se dijo, la instalación de la Asamblea Constituyente en agosto del año 2006 fue emergencia de las luchas de los sujetos históricos, articulados en la defensa de la ***tierra y territorio, los recursos naturales y la economía como posibilidad de vida,*** de ahí que se reconozca a los pueblos indígena originario campesinos el derecho a existir libremente, a su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y

costumbres, a su propia cosmovisión, y a la libre determinación y territorialidad (art. 30 CPE). Sin embargo, el ejercicio de dichos derechos especiales está condicionados por el principio de unidad del Estado conforme al proceso integrador del país. Cómo entender este tipo de limitación en el ejercicio de derechos especiales. Para ello es necesario recordar el péndulo social en el contexto pre-constituyente y post-constituyente. Al respecto Luis Tapia, analizando el contexto social pre-constituyente, sostiene que hubo un proceso de democratización que se dio por fuera de los partidos en tanto proceso de organización, auto-organización de comunidades, pueblos y culturas, sindicatos campesinos y otros núcleos de trabajadores, como principal condición de posibilidad de una democratización que se hace posible en el momento de la autonomía relativa producida en ese momento. Del mismo modo, sostiene que la redistribución del poder y su desmonopolización pasa, primero, por la articulación de estas capacidades organizativas, por la organización de aquellos que ocupan posiciones subalternas en las estructuras económicas y políticas del país. Este proceso de auto-organización y generación de capacidades de auto-representación es un aspecto sustantivo de la democratización; es lo que prepara la condición de posibilidad de la democratización del Estado[365]. Por otra parte, Tapia nos explica la idea de masa acuñada por Zavaleta Mercado, que sería una forma de fusión de sujetos que vienen de diferentes matrices sociales, en un momento histórico de acción política en torno a un proyecto más o menos común. La masa sería ese momento de fusión épica de la sociedad civil, un momento extraordinario en el que la gente abandona, por lo general, su posición más o menos cómoda de negociación de sus intereses particulares en el seno de la sociedad civil, y se lanza a construir algo común más allá del horizonte corporativo, que por lo general caracteriza a la mayor parte de la sociedad civil. En palabras del profesor Dussel se generaría un proceso de deliberación, fundamentación y argumentación, en condiciones de simetría *(principio ético formal)* en consideración de la vida humana *(principio ético material)*. Finalmente, Tapia no deja de considerar que hay fuerzas sociales que tienen fuertes cargas de organización y acción

[365] Tapia Luis, ***La coyuntura de la autonomía relativa del estado***, Muela del Diablo, La Paz – Bolivia, 2009, p. 121.

corporativa y que, en determinados momentos, se vuelven acción crítica disolvente, es decir, existe un momento de democratización creciente pero también de burocratización[366]. Son estos tres momentos –destrucción, construcción deliberativa y de contradicciones profundas de desarrollo del proyecto común acordado y condicionado por intereses corporativos- los que, en consideración nuestra, ponen en cuestión al constitucionalismo principialista, al menos en sociedades abigarradas como la nuestra, como se verá en lo que sigue.

En base a ese contexto pre-constituyente y post-constituyente, pensemos, en lo que sigue, en el la acción colectiva post-constituyente de los pueblos indígenas, en el tipo penal descrito en el artículo 353 Bis del Código Penal que protege de manera relativa el territorio de las naciones o pueblos indígena originario en alta vulnerabilidad y en las eximentes de responsabilidad penal.

Salvador Shavelzon nos recuerda que en julio de 2010, CONAMAQ organizó una cumbre de Ayllus y Comunidades Indígenas sobre Derecho de Consulta Previa e Impactos de Industrias Extractivas y Megaproyectos. En sus resoluciones se llamaba a elaborar una Ley Marco de Consulta y se denunciaba que el artículo 39 de la Ley de Régimen Electoral establecía que el derecho a la Consulta "no tiene carácter vinculante" en contradicción con la Constitución Política del Estado. En el documento también hablaban de la Pachamama y el "Buen Vivir". En reunión con CONAMAQ, el presidente Morales les habría dicho que "no se va a poder cumplir la consulta porque demora y perjudica las inversiones, porque es un acto burocrático y como los proyectos son un pedido del pueblo, no se va a poder consultar"[367].

En entrevista de *Le Monde Diplomatique* al vicepresidente Álvaro García Linera, Stefanoni, Bajo y Svampa le preguntaban: "Al escuchar a Evo Morales se advierte un desfase entre sus

---

[366] Tapia Luís, ***Imperio, multitud y sociedad abigarrada***, Vicepresidencia de la República, La Paz – Bolivia, 2008, p. 50 y ss.
[367] Schavelzon Salvador, El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia: Etnografía de una Asamblea Constituyente, CEJIS, Plural editores, Bolivia, 2012, p. 567.

discursos en defensa de la Pachamama, la tierra y el territorio, más hacia fuera, y un discurso más desarrollista hacia adentro, incluyendo denuncias de las ONG que promueven una Amazonía sin petróleo ¿cómo lo explica usted?" El vicepresidente respondió: "Por una parte, se lleva hacia el ámbito estatal esta lógica de la relación dialogante con la naturaleza; pero a la vez, en cuanto eres Estado, necesitas recursos y excedentes crecientes para atender necesidades básicas de todos los bolivianos, y de los más necesitados, como las comunidades indígenas y populares urbano-rurales. Y ahí, evidentemente, se genera una tensión. Por tanto, tienes que caminar con los dos pies". Esta tensión la comparaba con la de "ser Estado de movimientos sociales, entre democratización del poder y monopolio de decisiones". García Linera decía: "Hoy no estamos abriendo paso en el norte amazónico para que entre Repsol o Petrobras. Estamos abriendo paso en la Amazonía para que entre el Estado", y explicaba de este modo la necesidad inexorable del Estado: "¿Es obligatorio sacar gas y petróleo del norte amazónico de La Paz? Sí. ¿Por qué?, porque necesitamos equilibrar las estructuras económicas de la sociedad boliviana, porque el rápido desarrollo de Tarija con el 90% del gas va a generar desequilibrio a largo plazo. Se necesita, por tanto, equilibrar a largo plazo las territorialidades del Estado. Igualmente, se requiere excedentes económicos para reforzar estructuras comunitarias, para expandirlas, para buscar modos de modernización alternativos distintos a la destrucción de las estructuras comunales, como viene sucediendo hasta hoy. Y a la vez, es necesario impulsar, en acuerdo con las comunidades, una producción hidrocarburífera no depredadora del entorno". En la misma entrevista agregaba: "junto al derecho a la tierra de un pueblo está el derecho del Estado, del Estado conducido por el movimiento indígena-popular y campesino, de sobreponer el interés colectivo mayor de todos los pueblos."[368].

Pero la Constitución nos dice que Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho *Plurinacional* (…), es decir, se reconoce la existencia de varias naciones unidas en un solo Estado y a estas se les reconoce el derecho a la libre determinación y territorialidad,

[368] Idem, p. 567-568.

entre otros derechos. Pero veamos qué opina -la persona que en los hechos gobierna el país- sobre el nuevo Estado Plurinacional en un contexto post-constituyente, el Vicepresidente García Linera sostiene:

> *¿Qué es la plurinacionalidad? Es la igualdad de derechos de pueblos, de culturas en nuestro país. No es nada más que eso. Todo en el marco de una sola identidad nacional boliviana. Somos una nación de naciones. La plurinacionalidad es el reconocimiento de los derechos colectivos de mestizos, aymaras, quechuas, guaraníes, de su idioma, tradición y cultura; que todos tengan las mismas oportunidades para acceder a beneficios, a cargos públicos y a reconocimientos*[369].

En su libro *Crítica de la nación y la nación crítica naciente*, texto que según Bruno Bosteels sería el más radical escrito bajo el nombre de Qhananchiri, con relación a una formación estatal no-capitalista García Linera escribe:

> *Que en esta asociación comunitaria, pueda darse o no la formación de estados de trabajadores separados, como un estado de trabajadores Aymaras, un estado de trabajadores Qhiswas, un estado de trabajadores bolivianos, etc., en todo caso, será fruto de la decisión colectiva y voluntaria impuesta por la vitalidad de la dimensión histórico-cultural-natural en el contexto de la sublevación y de los lazos comunitarios entablados en todo ese tiempo entre el trabajador del campo y la ciudad, para cerrar las cicatrices de desconfianza nacida de la opresión nacional capitalista*[370].

Y sobre una forma social por fuera del Estado, García Linera sostiene:

> *La ingenuidad de una sociedad por fuera del Estado no pasaría de ser una inocente especulación si no fuera que en ello se "olvida" o se esconde que el estado "vive" de los recursos de toda la sociedad, asigna jerárquicamente esos bienes en función de la fuerza de la totalidad de las fracciones sociales y consagra el acceso a esos poderes por medio de la coerción que ejerce y la legitimidad que obtiene de la totalidad de los miembros de la*

---

[369] Schavelzon Salvador, Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir. Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyente, ABYA YALA, CLACSO, 1ra. Edición, Quito – Ecuador, 2015, p. 175.
[370] Bosteels Bruno, ***El marxismo en América Latina. Nuevos caminos al comunismo***, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional, La Paz – Bolivia, 2013, p. 95.

> *sociedad. El Estado es pues una relación social total, no solamente la ambición de los "capaces" o los "sedientos" de poder; el estado nos atraviesa a todos de algún modo, de ahí su contenido público*[371].

En primer lugar, la posición del presidente Evo Morales y la del vicepresidente Álvaro García Linera es clara y contundente, se requiere intervenir en la naturaleza porque los recursos hidrocarburíferos son condición de vida. Lamentablemente, en este momento, esto es así. Nadie puede negar la realidad de una economía extractiva basada en la explotación y comercialización de hidrocarburos como condición para mejorar las condiciones materiales de vida de los más necesitados, como las comunidades indígenas y populares urbano-rurales. En segundo lugar, ese *ser* en tanto *ser* que no es nada si no respeta la naturaleza, quedaría como una filosofía nostálgica a la cual se sobreponen las necesidades básicas del ser humano que hay que satisfacer. En tercer lugar, García Linera se refiere a la *democratización del poder*, pero también *al monopolio de las decisiones*. En esta última corriente, el monopolio de las decisiones es absolutamente frágil, pues las decisiones pueden fácilmente convertirse en derecho del Estado y en esta lógica alguien tiene que vivir y alguien tiene, necesariamente, que morir. Entonces ya no podemos hablar de descentramiento del poder o del ejercicio de ciertos derechos basados en la autodeterminación política que se les ha reconocido a los pueblos indígena originario campesinos. Véase el proyecto de la carretera que atravesará el TIPNIS, la represión de Chaparina, los procesos penales abiertos en contra de dirigentes indígenas del TIPNIS y el desenlace aún inacabado de este problema.

Por otra parte, como es sabido, Marx concibe el derecho como un instrumento al servicio de la clase dominante, por tanto como instrumento de dominación, pues es la clase dominante la que tiene el poder de decir lo que debe ser derecho, por lo que el derecho no sería una norma orientada a la realización del bien común. Sin embargo, explica Gregorio Yurre, Marx admitía un momento en el que el derecho puede orientarse al *bien común*, cuando la clase que dicta el derecho es, en ese momento, la encarnación del progreso y del interés general de

[371] Idem. p. 94

la humanidad. Se trata de la fase revolucionaria, en la que la clase progresista desplaza a la clase conservadora y asume la dirección de la historia, convirtiéndose en el motor del progreso humano. La historia es un constante devenir, que tiende a la realización de la plenitud humana. El motor de este movimiento es la lucha de clases[372]. Véase que Marx nos habla de una cierta y concreta clase social que en un cierto momento encarnaría el interés general de la humanidad y por tanto el nuevo orden jurídico emergente de la lucha de esa clase tendría la potencialidad de orientar hacia el bien común. Recordemos también que Luís Tapia nos recuerda el momento de destrucción de la institucionalidad establecida, de una democratización política por fuera de las estructuras estatales y de un momento de deliberación para construir la nueva institucionalización en sede de la asamblea constituyente, lugar donde se logró el reconocimiento de los derechos especiales a favor de los grupos indígenas, pero también nos alerta sobre fuerzas sociales que tienen fuertes cargas de organización y acción corporativa. Es en este momento que cobra vital importancia la tesis de Ernesto Laclau y Chantal Mouffe, de manera central es su concepción de hegemonía y articulación la que aquí nos interesa:

> *El concepto de hegemonía supone un campo teórico dominado por la categoría de* ***articulación****. Y ésta supone la posibilidad de especificar separadamente la identidad de los elementos articulados. En todo caso, si la articulación es una práctica y no el nombre de un complejo relacional* ***dado****, implica alguna forma de presencia separada de los elementos que la práctica articula o recompone […] llamaremos articulación a toda práctica que establece una relación tal entre elementos, que la identidad de estos resulta modificada como resultado de esa práctica […] no se trata de romper con la ideología liberal-democrática sino al contrario, de profundizar el momento democrático de la misma, al punto de hacer romper al liberalismo su articulación con el individualismo posesivo.* ***La tarea de la izquierda no puede por tanto consistir en renegar de la ideología liberal-democrática sino al contrario, en profundizarla y expandirla en la dirección de una democracia radicalizada y plural***[373].

---

[372] Yurre Gregorio R., La Teoría General del Derecho en el Marxismo, p. 18

[373] Laclau Ernesto y Mouffe Chantal, ***Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia***, Siglo XXI, Madrid – España, 1987, pp. 156, 176 y 291.

Consiguientemente, en una sociedad plural y compleja no existe una clase social que detente la verdad sobre la forma del orden social o que encarne el progreso y el interés general de la humanidad, la articulación de las demandas democráticas no tiene como a su depositaria a una determinada clase social portadora de la verdad. Por el contrario, de lo que se trata es de gestionar los espacios políticos sociales a través de la articulación hegemónica, es decir, considerar todas las demandas democráticas con la finalidad de cohesionar, en cierto grado, a la sociedad plural y en su caso para asaltar el poder. Entonces, el problema, visto desde el Derecho Penal, radica en que el Derecho Penal se legitima porque los diferentes colectivos sociales ven en él la posibilidad de ejercicio y protección de sus derechos, de ahí que actualmente se legisle tipificando conductas contra la madre tierra, acoso político en contra de las mujeres, biocidio, delitos financieros, etc.

Fijándonos en la Bolivia de hoy, después de casi diez años de haberse aprobado la actual Constitución Política del Estado, podemos decir que el Estado boliviano por el carácter asumido y por los principios en los que se funda, es un Estado en permanente tensión, y dichas tensiones están siendo resueltas en base a la utilización de la fuerza. Véase que, conforme a lo que ya se dijo, el carácter Plurinacional del Estado según el artículo 30 Constitucional implica el reconocimiento de *derechos colectivos específicos* y no el reconocimiento de derechos individuales, en los cuales subyace el principio de libre determinación vinculado al principio de autonomía, es decir, que estas colectividades específicas reclaman el derecho a vivir de forma diferente cuestionando las formas de vida dominante; por otra parte, el reconocimiento de autodeterminación de estas colectividades en el marco del Estado Nación es lo que pone en tensión permanente a la comunidad política. De ahí que el pluralismo político, económico, jurídico, cultural, etc., sea una realidad conflictiva que históricamente viene siendo resuelta por medio de la fuerza. Nuevamente recuérdense los conflictos emergentes del proyecto de la carretera que atravesará el TIPNIS, la represión de Chaparina, los procesos penales abiertos en contra de dirigentes indígenas del TIPNIS y el desenlace aún inacabado de este problema. A las relaciones de tensión conflictiva en el contexto de Nación – Naciones, debemos agregar las tensiones conflictivas en el contexto Nación – Naciones - Comunidad internacional o intereses transnacionales. Dicho de otro modo, vivimos el momento de las desigualdades –comunidades indígenas,

clase media profesional, sector empresarial, clase obrera, corrientes feministas, intereses transnacionales-, es decir, se exige que el Estado proteja y gestione deseos e intereses que han quedado reconocidos e institucionalizados, que son intereses colectivos específicos, intereses colectivos que no son específicos o individualizables, por ejemplo el derecho al medio ambiente, y se exige tutela de intereses claramente individualizables, en suma exigimos ejercer el *derecho a la desigualdad.* Es precisamente en la exigencia de ejercer el derecho a la desigualdad cuando el régimen político expresa su carácter autoritario y represor, momento en el cual se requiere con más urgencia un Derecho Penal racionalizador del poder punitivo estatal. Por tanto, si el Estado debe articular los diferentes intereses de grupos sociales antagónicos para que respondan a un objetivo común, por ejemplo el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, lo mínimo que se exige es racionalizar el uso del poder punitivo estatal como última respuesta al conflicto social de carácter jurídico penal, puesto que su carácter autoritario y selectivo hace que ciertos intereses que han quedado institucionalizados, pero que no le reportan mayores beneficios al Estado, queden relativizados, por ejemplo la protección de los territorios indígena originarios, resultando que el judicializado penalmente termina siendo aquel que es titular del derecho especial. Veamos.

Las preguntas que debemos responder, conforme el supuesto de hecho previsto en el artículo 353 Bis del Código Penal, son las siguientes: **¿**Este tipo penal protege realmente a las naciones y pueblos indígena originario campesinos**? ¿**Qué Ley es la que se debe cumplir**? ¿**La del sistema indígena originario o la del sistema ordinario**? ¿**Quién decide el contenido de esa Ley**? ¿**Quién autoriza el ingreso**? ¿**Quién emite la declaración expresa de emergencia de sistemas de vida en alta vulnerabilidad**?**.

De conformidad al artículo 30.II.14.15) y artículo 352) de la Constitución Política del Estado, las palabras que aparecen en el tipo penal: "***sin cumplir con los requisitos de Ley" "no autorizada ingrese al territorio…",*** tendrían que entenderse en sentido de que los requisitos de ley se refieren a la consulta previa, libre, informada, de buena fe, concertada y obligatoria, por parte del Estado a la población indígena originaria afectada, conforme a sus normas y procedimientos propios, para que decidan autorizar o no el ingreso a sus territorios. Esta

interpretación choca con las palabras **"*cuente con declaración expresa de emergencia de sistemas de vida en alta vulnerabilidad",*** porque, entiendo, que la declaración la emite el Estado y además falta definir qué debe entenderse por "vida vulnerable" como presupuesto de la declaración.

Según el artículo 352 de la Constitución Política del Estado, en cuanto a que: *"…Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley…sic"*, las palabras del tipo penal: "***sin cumplir con los requisitos de Ley" "no autorizada ingrese al territorio…",*** tendrían que entenderse en sentido de que los requisitos de ley se refieren a que una ley ordinaria autorizará el ingreso al territorio cumpliendo con las medidas de gestión ambiental y conservación de los ecosistemas dispuestas en esa ley. Esta interpretación es incoherente, en sentido antagónico, con las fuentes del Derecho que informa el pluralismo jurídico.

Tomando en cuenta que Bolivia tiene una economía estancada, basada primordialmente en la extracción y comercialización de sus recursos naturales y asumiéndose la lógica del monopolio de las decisiones en base a la democracia de las mayorías sobre las minorías –entiéndase en sentido de intereses generales sobre intereses particulares- quien autorizará y establecerá los requisitos para el ingreso a los territorios indígenas originarios y además emitirá la declaración expresa de emergencia de sistemas de vida en alta vulnerabilidad, es el Estado a través de una ley ordinaria desconociendo los sistemas de organización indígena originario, pues el Estado está condicionado por las necesidades de las mayorías sobre las minorías, por tanto, el Estado necesita explorar, explotar y comercializar sus recursos naturales para que las mayorías vivan mejor sobre la muerte de las minorías.

Ahora, supongamos que el supuesto de hecho del tipo penal esté redactado al revés, es decir, que otorgue monopolio de decisión al pueblo indígena originario: los condenados a muerte serían las poblaciones urbanas y rurales, clase media baja, clase media alta, etc. Véase entonces que, en las condiciones actuales, el Estado, a través del Derecho Penal, relativiza la protección a las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Véase que existe un

conflicto entre determinados pueblos indígenas y el resto de la sociedad, conflicto social que en ningún caso puede ser solucionado por el Derecho Penal.

Ya se dijo que Marx concedía una gran importancia al órgano legislativo, porque la fuerza que domina este órgano decide la dirección del Estado. En la época burguesa, es la burguesía la que ha conquistado tal poder y ha orientado toda la legislación al servicio de sus intereses: "La totalidad del Estado político es el poder legislativo. Tomar parte en el poder legislativo es, por tanto, tomar parte en el Estado político[374]. El Órgano Legislativo del Estado Plurinacional de Bolivia está también compuesto por miembros de las comunidades indígenas originarias, por qué entonces no oponerse a leyes que afectan sus modos de vida y por qué no oponerse a leyes que afectan a sus territorios. Pues no se olvide que el Estado y sus diversos órganos son expresión de la voluntad de clase y dentro de una determinada clase también existen intereses, en palabras de Luís Tapia, existen fuerzas sociales que tienen fuertes cargas de organización y acción corporativa. Dicho de otro modo, el proceso de formalización de la ley está condicionado al proceso de producción de riqueza para satisfacer el ejercicio de derechos universales que paradójicamente colisionan con derechos especiales. De ahí que el tipo penal en comento se encuentre relativizado, es decir, condicionado a ciertos aspectos como aquella declaración expresa de emergencia de sistemas de vida en alta vulnerabilidad, para que opere la protección penal. Consiguientemente, el judicializado penalmente termina siendo el titular del derecho especial, como ocurrió en el caso de la defensa del TIPNIS, como veremos en adelante.

Veamos, entonces, un caso concreto de conflicto social que puede derivar en conflicto jurídico penal que nos permitirá demostrar que el judicializado termina siendo el titular del derecho especial y porqué se requiere racionalizar el uso del poder punitivo estatal en base a ciertos principios. Pensemos en el Proyecto Rositas. Este proyecto consiste en la construcción de una hidroeléctrica con un costo de 1000 millones de dólares que inundará unas 45 mil hectáreas de terreno bajo el agua a doce comunidades indígenas campesinas de las provincias

---

[374] Ob. Cit., Yurre Gregorio, ***La Teoría General del Derecho***…, p. 20.

de Vallegrande y Cordillera en el departamento de Santa Cruz de la Sierra, por tanto, el primer efecto es la reubicación territorial de estas comunidades. En este contexto, las comunidades afectadas interpusieron Acción Popular prevista en el artículo 135 de la Constitución Política del Estado, pues el proyecto les afecta. El juez de la causa admitió dicha Acción y ordenó la paralización de toda actividad administrativa. Posteriormente el Gobierno interpuso un incidente de incompetencia del juez y a la audiencia acudieron alrededor de veinte abogados del Ministerio de Gobierno. El juez suspendió toda medida y se declaró incompetente. Este proyecto generó un delicado estado de tensión social que puede dar lugar a actitudes violentas y derivar en un conflicto de carácter jurídico penal, tal como ocurrió en la cuestión del TIPNIS, ya que en este caso el conflicto se llevó hasta sus últimas consecuencias permitiendo que el Estado recurra a la fuerza del Derecho Penal. A la fecha, por el estado de tensión social, las empresas encargadas del proyecto suspendieron actividades y el gobierno decidió suspender dicho proyecto. Llevemos el caso al campo del Derecho Penal: supongamos que las comunidades indígenas de Rositas no son escuchadas por la justicia constitucional, el diálogo fracasa y ellos no aceptan las razones por las cuales el proyecto Rositas debe ejecutarse, por tal motivo deciden ejercer medidas de hecho en defensa de su territorio constitucionalmente reconocido; medidas que, al igual a como ocurrió en la defensa del territorio del TIPNIS, desemboca en violencia que afecte a otros derechos de los bolivianos, por ejemplo derechos económicos de millones de bolivianos, afectando el desarrollo económico de la región y de Bolivia, por tanto sus conductas son delictivas porque lesionan el bien jurídico expresado en la lesión a las formas económicas reconocidas por el Estado boliviano como condición para el ejercicio de otros derechos.

Del ejemplo propuesto se pueden extraer tres aspectos de vital importancia. El primero, referido a un evidente conflicto de derechos; el segundo, referido a la acción colectiva en defensa de derechos colectivos específicos e intereses de personas que no están claramente individualizables; el tercero, referido a la cuestión de quién es el sujeto del derecho en tal conflicto y quién define quién es el titular del derecho.

Con relación al primer aspecto, es decir, al conflicto de derechos, el problema, en un Estado que ha asumido el carácter Plurinacional, no pasa por considerar hechos concretos como

aquellos sobre los cuales trabajan Juan Ruiz Maneo y Manuel Atienza, por ejemplo la prohibición a un médico que se define como testigo de jehová para ejercer la medicina en un departamento hospitalario donde se le exige realice transfusiones sanguíneas prohibidas por su fe religiosa, atentando de esta manera contra el principio de prohibición de trato desigual por razones de creencias religiosas que colisiona con el derecho a la vida de la persona que debe ser asistida por el testigo de jehová; o si las escuchas telefónicas entre cliente y abogado defensor permitidas sólo en supuestos de terrorismo, están o no permitidas en supuestos de corrupción, tal el caso de las escuchas telefónicas ordenas por el juez Baltazar Garzón en la trama de corrupción en el famoso caso Gürtel que involucró al Partido Popular de España y que terminó costándole el cargo de magistrado al juez Garzón y que finalmente le costó la dimisión del presidente del gobierno Mariano Rajoy. El problema en el Estado Plurinacional es mucho más complejo porque involucra relaciones subjetivas y objetivas dentro de la propia nación y pueblo indígena originario, relaciones intersubjetivas y objetivas por fuera de la propia nación y pueblo indígena originario (totalidad del pueblo boliviano), y relaciones intersubjetivas y objetivas por fura del propio Estado Nación (relaciones en el contexto mundo); es decir, hablamos de formas de vida que se cuestionan mutuamente, por ejemplo con relación al derecho de trabajo y el goce del producto de este derecho, no es lo mismo trabajar en una comunidad que trabajar en una oficina del barrio Equipetrol de la ciudad de Santa Cruz, los instrumentos y medios de producción no serán los mismos y el producto del trabajo tampoco será usado y gozado de la misma manera. De ahí que si bien las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de derechos especiales, por ejemplo al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio, a la consulta previa, informada y de buena fe, y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios, estos derechos especiales estén limitados a las condiciones establecidas en una ley y a eventuales derechos legítimamente adquiridos por terceros y que el derecho a la consulta previa se haya convertido en un peligro para el desarrollo económico del país, pues de lo que se trata es de captar inversiones para producir riqueza que permita atender por lo menos las necesidades básicas de la sociedad, necesidades que son sentidas según el lugar y tiempo donde cada persona vive la vida. Por ello, sostengo que son este tipo de relaciones prácticas y técnicas

totalmente dinámicas y descentradas en un espacio y tiempo las que determinarán la forma de interpretar una determinada conducta dirigida a defender ciertos derechos, en el caso que se analiza, derechos colectivos y no individuales. Si esto es así, el objeto de la ponderación o de expresión de razones, si bien son los derechos en conflicto en consideración del hecho concreto, tal actividad viene condicionada por los intereses de los sujetos encargados del proceso de formalización del derecho y que, en el estado actual de la cuestión, llega a ser ratificado por el agente encargado de aplicar las normas jurídicas. Pero cuando se afirma que la ponderación se realiza en el proceso de formalización del derecho y que el juez es el agente que ratifica las razones de peso, esto no significa sostener que el juez sea la mera boca de la ley subsumiendo los hechos al derecho para solucionar los casos singulares, pues no se niega que existen casos concretos y singulares que requieren valoración. Lo que ocurre es que, fuere cual fuere el hecho singular que requiera ponderación, los múltiples criterios que envuelven el caso están atravesados por una *razón primordial* que condiciona el resultado ponderativo, y esta razón no es otra que la necesidad de producir riqueza. En el caso que se analiza, se pondere como se pondere, se interprete como se interprete e incluso aplicando formulas como las de Alexi, lo cierto y real es que los derechos en punga darán lugar a la muerte de uno de ellos, es decir, derogándolo de una vez y para siempre, pues si a través del Derecho Penal o por cualquier otro medio se logra vencer al oponente y allanar el camino para la construcción de la hidroeléctrica, se inundaran los territorios indígenas, los pueblos serán desplazados y nunca más habrá posibilidad de ejercer los derechos establecidos en el artículo 30 Constitucional, porque no habrá ni comunidad ni territorio, sino hidroeléctrica. El reconocimiento del otro, el "ser" en nosotros, el "ser" mientras tú eres y el no "ser" mientras tú no eres, el *cara a cara* de Lévinas, precisamente cuestiona este tipo de realidad social que es la que se debe ser cambiada y no las formas de aplicar leyes. Razón por la cual es necesario construir un Derecho Penal basado en principios que permita racionalizar su uso en consideración a realidades sociales antagónicas y plurales que no sienten los conflictos sociales de manera idéntica, y que por ello las soluciones a dichos conflictos tampoco pueden ser idénticas, incluso en sociedades relativamente homogéneas.

Lo dicho nos permite avanzar hacia el segundo aspecto que se ha señalado, es decir, a la acción colectiva como mecanismo para exigir el respeto a los derechos que han quedado

institucionalizados. Uno de los puntos comunes de conflicto, entre otros, entre la VIII marcha en defensa del TIPNIS y el proyecto hidroeléctrico en la comunidad Rositas es la consulta previa, informada y de buena fe. En el caso del proyecto hidroeléctrico nunca hubo consulta previa, en el caso del TIPNIS la historia es como sigue: en el año 2008 se lanza la licitación internacional N° 001/2008 para la construcción de la carretera que atravesará el TIPNIS; el 1 de agosto de 2008, la ABC adjudica la obra a la empresa brasileña OAS Ltda., por 415,1 millones de dólares bajo la modalidad llave en mano; el 28 de agosto del año 2009 la empresa recibió la orden de proceder; el 22 de agosto de 2009, Evo Morales, presidente de Bolivia y Luis Inacio Lula da Silva, presidente de Brasil, en Villa Tunari, firman el protocolo para financiar la carretera; el 20 de mayo de 2011, Evo Morales promulga la ley N° 112 que ordena la construcción de la carretera, es decir, después de casi tres años de haberse adjudicado la construcción de la carretera. ¿Y la consulta previa, informada y de buena fe que manda realizar los artículos 30, 352 y 403 de la Constitución Política del Estado, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas?. Ante estos hechos, las comunidades trinitarios mojeños, yuracares y tsimanes, articulan la VIII marcha en defensa de sus territorios. El 25 de septiembre de 2011, en la localidad de Chaparina, la marcha indígena es brutalmente reprimida por la Policía Nacional y una vez que llega a la ciudad de La Paz, el presidente Morales promulga la ley N° 180 que prohíbe la construcción de la carretera. Posteriormente, el año 2012, el gobierno articula otra marcha indígena, la del CONISUR, dando como resultado la ley N° 122 posibilitando la consulta previa, consulta que en su procedimiento, condiciones y resultados es demasiado dudosa.

Los hechos muestras lo que venimos sosteniendo. En primer lugar, lo revolucionario se convirtió en contrarrevolucionario, es decir, los derechos especiales reconocidos en los artículos 30, 352 y 403 de la Constitución Política del Estado, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se constituyen en peligrosos para la forma económica dominante en el Estado Nación e inter-estatal; en segundo lugar, ante la negación de esos derechos lo que queda es la acción colectiva, es decir, el derecho de resistencia ante la opresión expresada en las leyes antes descritas que cuestionan una determinada forma de vida

y que pone en evidencia el conflicto interno y externo de uno de los fundamentos del Estado, cual es la pluralidad económica; en tercer lugar, la acción colectiva indígena está respaldada de manera legal y adquiere una fuerte carga de legitimidad porque esos derechos especiales han quedado reconocidos en la Constitución y en el derecho internacional, que además involucra a sujetos que no están claramente individualizados pero que se identifican y se solidarizan con los indígenas en base al derecho a un medio ambiente sano, aspecto expresado en la solidaridad que la sociedad boliviana mostró cuando la VIII marcha llegó a la ciudad de La Paz; en cuarto lugar, se ubican los intereses de quienes exigen la construcción de la carretera; finalmente, la forma jurídica, expresada en las leyes dicadas para posibilitar la construcción de la carretera, la resistencia del titular del derecho y la confrontación con el Estado llevada a sus últimas consecuencias, dio lugar a la razón punitiva en contra del titular del derecho, es decir, la clase dirigente indígena terminó siendo judicializada penalmente, lo cual expresa que el titular del derecho quedó desplazo. Dicho de otro modo, los conflictos sociales están siendo resueltos con el uso de la fuerza. Este aspecto da lugar a analizar quién realmente es el sujeto del derecho y quién es el que dice quién es el sujeto del derecho y responder a la pregunta si ¿tienen los jueces la última palabra?.

Los conflictos sociales que venimos analizando, por el tipo de derechos en juego, no son solo conflictos sociales locales sino que transcienden en el orden internacional y el tipo de solución a dichos conflictos impactan seriamente en el orden local e internacional, pues no es lo mismo una sentencia que resuelve la vulneración de un derecho particular a una sentencia que resuelve un derecho colectivo.

Por otra parte, es evidente que en el plano de los derechos colectivos especiales reconocidos a los pueblos indígenas, la Corte Internacional de Derechos Humanos ha desarrollado una vasta jurisprudencia sobre el derecho a la consulta previa y sobre el derecho a la propiedad colectiva de la tierra que tienen los pueblos indígenas; jurisprudencia desarrollada, precisamente, en base al reconocimiento de los sistemas jurídicos, económicos, políticos y culturales de los pueblos indígenas, constituyéndose dichas sentencias en fuente de derecho que debe ser observada por los administradores de justicia en cada Estado parte. Sin embargo, el problema radica en las condiciones particulares de cada Estado para obedecer dichas

sentencias, ya que el impacto político y socioeconómico es distinto a una sentencia que tutela un derecho individual y puede, también, generar otro tipo de conflictos distintos de aquel que generó la sentencia. Lo sostenido está claramente expresado en la propia Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y en el mismo Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Véase que los derechos especiales expresados en el artículo 30, 348 y siguientes, y 393 y siguientes de la Constitución Política del Estado, están limitados a las necesidades propias del Estado Nación, por tanto, a las condiciones contenidas en una ley ordinaria. Del mismo modo, el Convenio N° 169 garantiza el derecho a la consulta, garantiza el derecho al veto y establece la necesidad de consensos entre partes, pero no garantiza que los resultados de estas actividades políticas tengan que ser tomadas en cuenta, es decir, se puede deliberar pero no practicar. Otro ejemplo que ratifica lo sostenido es el hecho de que el Tribunal Internacional por los Derechos de la Naturaleza no tiene ningún nivel de coerción para obligar a los sujetos en conflicto, mientras que el Tribunal de Arbitraje Internacional, por su fuerza coercitiva, viene desangrando al Estado Plurinacional de Bolivia porque nos está obligando a pagar millones de dólares por los procesos de nacionalización de las empresas estratégicas de Bolivia, en desmedro de los derechos sociales y colectivos del pueblo boliviano, aspecto que demuestra claramente que el verdadero sujeto del derecho, conforme a las normas internacionales sobre inversiones económicas, son las empresas transnacionales dueñas del capital económico. La famosa "seguridad jurídica" reclamada internacionalmente.

Entonces ¿tienen los jueces la última palabra? Pues, no, ya que la práctica jurídica está condicionada a sistemas regulatorios económicos internacionales y por conflictos legales transnacionales que condicionan, inclusive, el contenido y aplicación del Convenio N° 169, de ahí su carácter abierto, como ya se tiene explicado.

Consiguientemente, el Estado Plurinacional de Bolivia se desarrolla en un permanente estado de tensiones y conflictos entre dos mundos que se cuestionan y que al mismo tiempo se interrelacionan, conflictos que muchas veces son derivados al ámbito del Derecho Penal, por tanto, es aquí donde los jueces pueden tener la última palabra, en sentido de que los jueces pueden llegar a tener el poder de proteger derechos fundamentales por medio del Derecho

Penal, en sentido de poder racionalizar el poder punitivo estatal en base a principios con contenido claramente delimitado que no pueden alejarse de la dogmática jurídico penal ni de la realidad social.

Retomemos el ejemplo de la cuestión del TIPNIS. El contrato suscrito con la empresa brasileña OAS Ltda., la actividad legislativa para validar este contrato y posibilitar la construcción de la carretera, se constituye en un ataque a los pueblos trinitarios mojeños, yuracares y tsimanes, ni siquiera el Convenio N° 169 es garantía de protección de sus territorios, pues, como se dijo, este Convenio invoca la deliberación y no la práctica. Por ello, no quedó otra alternativa que la acción colectiva y el enfrentamiento con el Estado que derivo en la activación de uno de los instrumentos de control social más represor que se conoce hasta la actualidad, el Derecho Penal, siendo los dirigentes indígenas judicializados penalmente. Queda también claro que la acción colectiva y los delitos que se les atribuye derivan de la defensa de los derechos especiales reconocidos en el artículo 30 Constitucional, derechos colectivos y no individuales. Al respecto, el artículo 11.1 del actual Código Penal reconoce el derecho de legítima; sin embargo, se tomará debida nota que dada esa realidad, se requiere ciertos principios que atraviesen la totalidad del sistema normativo penal, cumpliendo la función de limitar el poder punitivo estatal.

Veamos alguno de ellos con relación a la legítima defensa y a los principios individualizadores de la sanción penal: en primer lugar, el ejercicio de la legítima defensa ya no puede ser entendida como defensa de un derecho individual, tampoco en estado de acción y reacción, sino también como defensa de un derecho colectivo, como los establecidos en el artículo 30 Constitucional, y por tal motivo en estado dinámico; en segundo lugar, el componente objetivo del principio de culpabilidad, es decir, la posibilidad de adecuar el comportamiento a la comprensión se proyecta en la legítima defensa, ya que quien ejerce legítima defensa comprende la ilicitud de su conducta pero está imposibilitado de adecuar su comportamiento a esa comprensión, precisamente por el ataque al derecho que se defiende, imposibilidad que permanece en tanto las acciones de conflicto permanezcan activas; en tercer lugar, los requisitos de la legítima defensa vistos desde la defensa de los derechos colectivos y el componente objetivo del principio de culpabilidad, se relacionan con el

principio de personalidad, ya que la acción de defensa, si bien es individual, por ejemplo que el dirigente se ponga en primera línea bloqueando un camino y lesionando a un agente policial, no deja de ser una acción que involucra intereses colectivos. Los requisitos de la legítima defensa, el principio de culpabilidad y el principio de personalidad se proyectan hasta la individualización de la sanción penal, ya que el juez debe construir la sanción penal de tal forma que esta sea *racional, útil, personalísima y proporcional*, es decir, de tal forma que atienda a la reparación de la víctima, la reintegración del infractor y el retorno de la armonía a la comunidad. Así, en la conducta de los dirigentes del TIPNIS está ausente la culpabilidad por el acto y por el injusto, por tanto, los principios señalados que atraviesan la totalidad de la teoría del delito hacen que una eventual pena sea irracional, inútil, no personal y además desproporcional.

En consecuencia, todo conflicto social puede degenerar en un conflicto jurídico penal, pero no todo conflicto jurídico penal debe necesariamente ser penalizado. Considero entonces que, en caso de conflictos como el que acabamos de analizar, la solución propuesta por el juez debe tener la potencialidad de generar un nuevo estado de cosas, un nuevo tipo de relaciones, una nueva forma de entendimiento social que no se logra necesariamente con el uso del poder punitivo estatal, sino con otras medidas que inclusive trascienden el ámbito del Derecho Penal, es decir, el juez, en base a esos principios, puede ejercer poder para decirle al poder político y económico que el conflicto por el TIPNIS que involucra a su dirigencia sindical no está en el Derecho Penal y desplazar la solución del conflicto a otro lugar. Es en este sentido donde el Derecho Penal encuentra corrección y validez. Al final de cuantas, el ejercicio de los derechos fundamentales especiales en el caso de los pueblos indígenas y su pacífica convivencia con otro tipo de derechos, no son un hecho sino un ideal a perseguir. Por ello, los principios normativos señalados como criterios de *valoración constructiva del Derecho* en sociedades como la nuestra pueden jugar un papel fuerte en la *racionalización del poder punitivo*.

Al respecto, Pierre Bourdieu sostiene que para constatar qué es el derecho, tanto en su estructura como en sus efectos sociales, es necesario comprender la lógica propia del trabajo jurídico en lo que tiene de más específico, es decir, en la actividad de *formalización*, y

comprender los intereses sociales de los agentes formalizadores que se definen mediante la competencia al interior del campo jurídico y mediante la relación entre el campo jurídico y el campo del poder en su conjunto. Debemos ir más allá del estado de la demanda social, actual y potencial, y de las condiciones sociales de posibilidad –esencialmente negativas- que la demanda social ofrece a la creación jurídica[375], nos dice Bourdieu. Recordemos que la acción colectiva organizada y articulada entre diferentes sectores sociales, a decir de Luis Tapia, es condición esencial para la desmonopolización y redistribución del poder y condición de posibilidad de democratización del Estado. En este sentido, es importante también señalar que según Álvaro García Linera, Bolivia habría vivido su tercer punto de bifurcación en el año 2008 consolidándose la nueva estructura de *correlación de fuerzas estatales*. Vamos a decir entonces que -sin que ello sea absoluto- es el sector indígena-campesino quien en este momento administra el aparato estatal en sus diferentes niveles; por tanto, tiene la *suficiente fuerza* para decir qué es lo que *debe ser derecho y qué no debe ser derecho*. El siguiente argumento de García Linera es esclarecedor:

> *"[…] el orden colonial de una sociedad y un Estado se puede medir por la presencia e importancia de la etnicidad como capital acumulable y reconvertible, en nuestro caso el de la "blanquitud" como bien social apetecible y acumulable; entonces la indianización del Estado boliviano y de la propia identidad nacional boliviana de los últimos años, se tradujo también en na fulminante devaluación de esa "blanquitud" como capital. Hasta hace muy poco, existía en Bolivia una especie de racialización, colectivamente asumida, de las estructuras del poder del Estado: gobiernos, ministerios, Poder Judicial, gobernaciones, universidades […] absolutamente todos los poderes del Estado poseían una especie de tamizado étnico de las jerarquías. Los indígenas podían ser mozos, meseros, cabos, sargentos, choferes, comerciantes, albañiles; hasta ahí llegaba su posibilidad de ascenso social real. […] La exhibición de un apellido "notable" y de un color de piel más blanca lo colocaban a uno en la jerarquía superior: podía obtener dinero más fácilmente, tenía mayores oportunidades de acceder a un cargo de alto rango (aún a pesar de su baja*

[375] Bourdieu Pierre, ***"Elementos para una sociología del campo jurídico"***, en AA.VV: **La Fuerza del Derecho**, estudio preliminar y traducción de Carlos Morales de Setién Ravina, Siglo del Hombre editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Bogotá – Colombia, 2000, p. 203.

> *calificación académica), etc. Apellido y color de piel eran generalmente valorados por encima de los méritos académicos o del dinero. De hecho, el* ***capital étnico*** *podía reconvertirse en dinero, y con un poco más de tiempo y esfuerzo, en una* ***infinidad de títulos.*** *Hoy, en tiempos de Evo Morales y de los movimientos sociales, ni la "blanquitud" de la piel ni la "blanquitud" cultural concentran privilegios; al contrario, como lo demuestran los mecanismos de conformación de nuevos prestigios y* ***méritos*** *en los procesos de selección de los servidores públicos en el Estado Plurinacional, la exhibición de la pertenencia indígena o el aval de las organizaciones indígenas son los más solicitados al momento de postularse a cargos, desde las comandancias militares, tribunales o estructuras parlamentarias. Esto habla de una rápida devaluación del capital étnico colonial e inclusive de una cierta indianización de los blasones legítimos ante el Estado"*[376].

Veamos ahora el supuesto de hecho contenido en el artículo 157 del Código Penal vigente:

> *"Será sancionado con multa de treinta a cien días el funcionario público que propusiere en terna o nombrare para un cargo público a persona que no reuniere las condiciones legales para su desempeño"*

Del argumento expuesto por García Linera nos interesa el hecho de que el sujeto de la revolución, que debe administrar el aparato estatal en sus diferentes niveles, se encuentra enfrentado con un entramado normativo que no coincide con el tipo de capital que él posee, por ejemplo puede que una persona posea gran experiencia sindical, sin poseer el capital académico, por tanto, no reúne las condiciones legales para desempeñar un cierto cargo público, condición normativa impuesta por un cierto bloque social que en su momento tenía el monopolio de la administración estatal y que le servía como instrumento de dominación. Esto es precisamente lo que el nuevo bloque de poder debe destruir. Es evidente que existen espacios en la administración estatal que requieren de ciertas capacidades que sólo se adquieren en un nivel de formación académica, como el espacio de la economía, la administración de justicia, etc., y otros espacios en los que la experiencia ha forjado destrezas

[376] García Linera Álvaro, ***Identidad Boliviana. Nación, mestizaje y plurinacionalidad***, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional, La Paz – Bolivia, 2014, pp. 51 y 52.

que no necesariamente surgen del espacio académico, por ejemplo, la dirigencia sindical, la presidencia de alguna de las cámaras legislativas, comisiones de las cámaras, etc.

Así, en tiempos de conflicto, por ejemplo, la crisis política del año 2019, afloran rasgos de discriminación personal en relación a la capacidad para administrar el Estado, como si ello perteneciera a la esfera de lo sagrado y fuese de propiedad de los expertos en administración pública. Pero, resulta que, en contrapartida, cuando el sujeto de la revolución es el que se ve implicado en casos de corrupción, el discurso cambia en sentido de ignorancia por su condición personal en la administración del Estado. Aquí debemos aclarar que no sólo el Derecho Penal sino el Derecho en general germinan en la sociedad misma, es ella la que discute el Derecho y procede a requerir su institucionalización. Se entenderá entonces que el Derecho es producto de las relaciones sociales y la forma que adopte dependerá de las concretas relaciones prácticas y técnicas mediadas por la correlación de fuerzas. Siguiendo a Bourdieu, los procesos de legislación y de derogación de leyes penales, deberá ser entendido conforme a los intereses sociales de los agentes formalizadores que se definen mediante la relación entre el campo jurídico y el campo de poder en su conjunto.

Durante largo tiempo la administración pública ha permanecido bajo reserva a la cual solo tenían acceso aquellas personas poseedoras de un cierto capital simbólico, por ejemplo, el académico. Del mismo modo, este tipo de capital operaba como posibilidad de relaciones estrechas al interior de las estructuras de la administración pública. Finalmente, el capital simbólico y el tipo de relaciones personales estaba sustentado en el discurso legitimante de que el Estado y su administración no podía ser confiada a personas sin ningún tipo de formación especializada bajo el riesgo de paralización del aparato estatal. Entonces, si se considera que una cierta clase, como la obrera, se encuentra en total incapacidad para darse cuenta de la realidad porque sus facultades mentales se encuentran totalmente paralizadas, es obvio que no tienen la capacidad para administrar los destinos del Estado. En el contexto social actual, el nuevo bloque de poder ha ocupado los diversos niveles de administración estatal, por tanto, lo sagrado fue profanado, dando lugar a una mayor *democratización de la administración estatal* producto de la reorganización social. Es este nuevo tipo de relaciones prácticas que luchan por el desmantelamiento de las viejas estructuras normativas, entre ellas

la derogación del tipo penal descrito bajo el nombre jurídico de "Nombramientos Ilegales". En el caso que se analiza, la resolución del Tribunal de Sentencia que rechaza el incidente de cesación de la persecución penal, no es más que una visión particular de los jueces que representa ese orden social de exclusión y que no permite imponer una nueva visión del mundo. Dicho de otro modo, para administrar ciertos espacios estatales ya no se requiere necesariamente contar con un determinado capital académico. Por tanto, con Bourdieu podemos decir que la despenalización de ciertas conductas delictivas es producto -al margen de imposiciones corporativas en los términos utilizados por Hegel- también de una lucha simbólica que tiene lugar en el mundo social, en base a la construcción de puntos de vista singulares, inseparablemente cognitivos y valorativos. Y con Pashukanis diremos que las formas jurídicas si bien se refieren a ciertos procesos psicológicos o ideológicos, tal como se expresa en la discusión entre Ruiz Manero y Ferrajoli, que sin duda están presentes en la formación del juez, son también conceptos que expresan una relación social objetiva. En el presente caso, la relación entre el sujeto de la revolución, la sociedad en su conjunto y la administración estatal.

La lucha de las mujeres es un buen escenario para mostrar con mayor claridad lo que aquí venimos sosteniendo. El artículo 564 del Código Penal de 1834 tipificaba el delito de adulterio en los siguientes términos:

> *"La mujer que cometa adulterio perderá todos los derechos de la sociedad conyugal, i sufrirá una reclusión por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pase de seis años. El cómplice en el adulterio sufrirá igual tiempo de reclusión que la mujer, i será desterrado del pueblo mientras viva el marido, a no ser que este consienta lo contrario"*

Basta con mencionar que era el marido quien, al constatarse el adulterio, decidía el quantum de la pena para destacar que era la estructura social existente la que determinaba y determina el contenido del Derecho y que es la actitud de las personas frente a este tipo de relaciones sociales quienes promueven el cambio del contenido del Derecho, es decir, la movilización permanente: marchas, reuniones, concentraciones, cursos, seminarios, etc. Véase la estructura y contenido de la ley N° 348 para constatar que no es una ley universal, sino

particular que protege sólo a las mujeres[377]. Sin embargo, considérese que la disponibilidad de la acción penal pública, entre ellas la conciliación está condicionada por criterios ideológicos que condicionan la autonomía de la mujer.

A nivel de determinación de la sanción penal, desde el primer Código Penal boliviano, pasando por la ley N° 348, se ha procedido a ampliar en algunos casos y en otros a cerrar la deliberación por parte del juez para establecer la sanción que mejor atienda a las exigencias de la víctima, es decir, que respondan de mejor manera al daño causado por la acción delictiva, que en ningún caso pueden ser cubiertas con la pena privativa de libertad, por ejemplo, la prohibición de acercarse a la víctima, la reparación económica, etc.,. Es aquí donde surge la actitud *creativa y constructiva* del juez frente al hecho para decidir de acuerdo a lo que más convenga a los involucrados en el conflicto. Dicho con algunos ejemplos: la ley N° 348 establece sanciones alternativas a la privación de libertad, cuando la pena no sea superior a tres años, cuando el condenado a pena superior a tres años hubiera cumplido la mitad de esta y cuando sea necesario proteger a la mujer, hijos e hijas o el núcleo familiar en situación de violencia; en ese sentido, dicha ley sanciona el delito de "Violencia familiar o doméstica" con reclusión de dos (2) a cuatro años (4), por lo que se hace inviable aplicar una sanción alternativa por el quantum de la pena, salvo pena privativa de libertas con concesión de suspensión condicional de la misma y remisión a otras sanciones menos restrictivas de la libertad. Por ello, también urge pensar en sanciones que puedan imponerse en forma alternativa o concurrente e incluso puedan no imponerse cuando así lo aconseje el *principio de personalidad de la pena*. Véase que en caso de delito de "Violencia en las familias", el juez, atendiendo al principio de culpabilidad por el injusto y por el acto, y el contexto específico del hecho, conforme a una actitud valorativa, creativa y constructiva, en base a criterios de personalidad, racionalidad, utilidad y proporcional de la pena, podría razonar que sanción es la adecuada para la solución primaria del conflicto, considerando la privación de

[377] Ortega Sivila Carlos E., "Análisis general de la Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia "Ley N° 348"", en ***Punitivismo en Bolivia***, Servicios Gráficos IMAG, Sucre – Bolivia, 2014, pp. 165 a 222.

libertad como última alternativa, es decir, pensar en sanciones que mejor atienda a la víctima, la paz social y la reintegración del infractor

Consiguientemente, los principios que surgen del nuevo orden constitucional, se relacionan también con la actividad individualizadora y constructiva de la sanción penal por parte del juez y condicionan el análisis del contenido del principio de culpabilidad.

Así, con relación al principio de *personalidad de la pena*, que permite al juez *no imponer sanción penal* cuando esta *transcienda gravemente a terceras personas*, y con relación a los *principios de racionalidad, utilidad, personalidad y proporcionalidad* que hacen a la actividad individualizadora y constructiva de la sanción penal, observando ciertas circunstancias taxativamente impuestas, que no excluyen la sanción, se tienen los siguientes ejemplos: el caso de una joven madre donde en un video que circuló por las redes sociales se la ve maltratar físicamente a su pequeño hijo con la finalidad de llamar la atención del padre del niño. Ante este hecho, la madre fue aprehendida y un juez dispuso su detención preventiva. El otro caso, se trata de una mujer de la tercera edad, vendedora de carne que dio muerte a un perro por defender su mercancía. La mujer, a pesar de ser madre de niños y la única que sostiene a la familia, fue aprendida y luego puesta en prisión preventiva. Véase que, en el contexto actual, la lógica es: se agredió al niño y se mató al perro (subsunción), por tanto, prisión preventiva y posterior pena privativa de libertad en proceso abreviado, pues la presión de la prisión anticipada hace que cualquier persona se acoja a este tipo de solución del conflicto sacrificando la dignidad del ser humano. En el contexto de los principios señalados, la solución del conflicto es totalmente diferente. Veamos.

En ambos casos, se convendrá en que están en juego dos aspectos: por una parte, la cuestión de la culpabilidad por el injusto (naturaleza de la acción y bien jurídico lesionado, por ejemplo la vida del perro y el sentimiento de amor hacia ellos) y la culpabilidad por el acto (por ejemplo la edad de la madre que lesiona al niño); por otra parte, en el primer caso, está en juego el derecho del niño a no sufrir ningún tipo de violencia, pero también está presente el derecho a vivir, desarrollarse y educarse en un ambiente de afecto y seguridad en su familia de origen, lo propio ocurre en el segundo caso, ya que está en cuestión el intereses superior

de los niños a gozar de la protección de su madre, en tanto, ella es la que sostiene a la familia. Ya se dijo que el principio de proporcionalidad tiene como subprincipios: el criterio de *adecuación*, es decir, la limitación de un derecho debe estar en la medida de aquel derecho que se quiere optimizar; el criterio de *necesidad*, entendido como aquella medida indispensable en ausencia de otra alternativa menos gravosa sobre el derecho limitado para alcanzar la finalidad; y el criterio de *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, verificar si existe equilibrio entre el derecho afectado y el beneficio que de esa limitación se quiere obtener. Si a los criterios del principio de proporcionalidad se añaden: las circunstancias concretas en las que ocurrió el hecho, como por ejemplo las relaciones entre la madre y el padre, porque la acción de lesionar fue por llamar la atención del padre del niño; la edad de la madre, es decir, su inmadurez frente a sus deberes con su pequeño niño; el derecho del niño a no sufrir ningún tipo de violencia; y el derecho del niño a vivir, desarrollarse y educarse en un ambiente de afecto y seguridad en su familia de origen, se convendrá en que la pena de "Cumplimiento de instrucciones judiciales" resulta *racional* y *útil*, pues esta impone, entre otras medidas a "Someterse a un tratamiento o control médico o psicológico", dado que la madre infractora precisa de este tipo de ayuda y no una prisión anticipada como la detención preventiva, menos una pena privativa de libertad, ya que si bien con dicha pena alternativa a la prisión se restringe un cierto ámbito de libertar de la madre, esta resulta adecuada con sus fines, es decir, posibilitar que el niño, en tanto víctima, pueda en el futuro, vivir, desarrollarse y educarse en un ambiente de afecto y seguridad en su familia de origen. En el segundo caso, diremos con total contundencia, que el principio de culpabilidad, si bien es la base para individualizar la sanción penal, se encuentra totalmente condicionada por el *principio de personalidad de la sanción penal*, pues si la acción fue por defender su medio de trabajo y además se considera que es una mujer de la tercera edad y es la única que mantiene a sus hijos, entonces la pena de prisión preventiva como pena anticipada y una eventual pena privativa de libertad *trasciende gravemente a terceras personas*, es decir, quienes sufren la pena son sus hijos, por tanto la pena ya no puede ser personal y por ello no debe ser aplicada. Aquí debemos ser intolerantes al señalar que la vida de un perro y el sentimiento de amor hacia los animales no puede estar por encima de la libertad de las personas ni por encima del interés superior de los niños y niñas, pues como ya se dijo el

Derecho Penal no puede ser un instrumento de pedagogía nacional para obligar a las personas a amar a los perros. Dicho de otro modo, la lucha por las libertades humanas debe ser universal, es decir, si en oriente medio se restringen las libertades en contra de las mujeres, es nuestro deber luchar por liberarlas; entonces, si el fiscal y el juez negaron la dignidad y libertad de esta mujer y la pusieron en prisión, olvidando el dolor y sufrimiento de sus hijos, deberían ser coherentes y no comer cordero en Pascua ni conejo en Corpus Cristi. Criterios que encuentra sustento en el artículo 22 de la Constitución Política del Estado. Dicho en otros términos, el principio de personalidad pretende que los niños y niñas no sufran la agresividad del Derecho Penal.

Se convendrá, entonces, que en sociedades plurales como la nuestra, los conflictos sociales no son sentidos de una misma manera y requieren soluciones diferentes que sean coherentes y racionales con la dignidad de las personas, por tanto, el proceso de construcción y determinación de la sanción penal por parte del juez, en vista de un caso concreto, es un proceso valorativo en permanente tensión, pero limitado por el principio de culpabilidad por el acto y por el injusto y por los principios de racionalidad, personalidad, proporcionalidad y utilidad. Dicho de otro modo, la actitud del juez frente al caso concreto, es la actitud social frente al caso concreto.

CONCLUSIONES

Una primera conclusión salta a la vista, y es que en Bolivia no se tiene un Sistema Jurídico Penal, lo que existe en Bolivia es una dogmática jurídico penal que opera de manera lógica con las teorías de la pena recepcionadas en el articulo 25 del actual Código Penal boliviano.

Al analizar las categorías dogmáticas de la ciencia del Derecho Penal en su relación lógica con las teorías que legitiman la sanción penal, y, al analizar a los sujetos a quienes puede dirigirse la imputación penal, con sus correspondientes categorías jurídicas de autoría y participación criminal, se puede decir que el Derecho Penal moderno, tal cual lo conocemos y estudiamos, se constituye en simple sistema de imputación penal cuyas respuestas jurídicas expresadas en la diferentes sanciones taxativamente reconocidas por la ley penal, consideran o ponen el acento en el criterio preventivo general positivo. Esta actividad lógica, se encuentra legitimada por el principio de culpabilidad como único criterio para definir el *tipo* y la *magnitud* de la sanción penal.

El injusto jurídico penal, es decir, la acción típicamente antijurídica, históricamente es tratada por los juristas desde la lógica formal de subsunción de la acción al tipo penal en concreto, para luego analizar alguna causa de exclusión o disminución de la responsabilidad penal que permita excluir o afirmar la culpabilidad para, en su caso, determinar la sanción prevista en la consecuencia del supuesto de hecho prevista en la norma jurídica penal. Este aspecto, propio del formalismo jurídico, incide en la aplicación práctica del Derecho Penal que no responde a las necesidades e intereses de los sujetos primarios del conflicto en relación a la sociedad en su conjunto.

Si bien es cierto que las categorías de la dogmática jurídico penal en su relación lógica con las teorías de la pena recepcionadas en el artículo 25 de nuestro actual Código Penal, responden a la lógica del Estado de Derecho en su componente de seguridad jurídica que pretende precautelar la dignidad de las personas como deber superior del Estado; no es menos cierto que, independientemente del tipo de Estado y la forma de gobierno reconocido en la actual Constitución Política del Estado, la experiencia vivida en los últimos 18 años que va del Estado Plurinacional de Bolivia, nos ha demostrado que entre tipo de Estado y forma de

gobierno, se puede implantar un régimen político opresivo con características dictatoriales y fascista y encubrirse en la dogmática jurídica penal y sus categorías. Véase la respuesta del Estado al conflicto del TIPNIS, las victimas judiciales de la corrupción del FONDIOC, la tortura judicial en el caso del bebe Alexander y la tortura judicial a los imputados en el caso terrorismo, y un largo etc…

Otro aspecto que develo la investigación, es que en el actual contexto político y social que se vive en Bolivia y el mundo, los principios del Derecho Penal de acto y el principio de reprochabilidad penal en consideración a la naturaleza de la acción y a la naturaleza del bien jurídico tutelado, han sido trastocados por ideologías contrarias a criterios de justicia, que, en su caso nunca fueron tomados en cuenta por la dogmática jurídico penal. De ahí la incomodidad de abordar la cuestión real y cuando es abordada se responde con simple retórica jurídica y judicial.

Coherente con las anteriores conclusiones, en el contexto social actual y de aplicación del Derecho Penal, los principios propios del nuevo orden constitucional boliviano -*racionalidad, utilidad, personalidad y proporcionalidad*-, en su proyección deben constituirse en el carácter racionalizador del poder punitivo, poniendo en cuestión al principio de culpabilidad como único criterio para definir el *tipo* y la *magnitud* de la sanción penal.

Del mismo modo, los principios fundamentales de carácter constitucional y los principios sustantivos penales de carácter liberal propios de un Estado Unitario Social de Derecho, deben proyectarse en la totalidad de la dogmática jurídico penal tal como la conocemos y hasta el estadio de determinación de la sanción penal, para: primero, aliviar las contradicciones entre el principio de culpabilidad y los fines de la pena y entre los mismos fines que se le asignan a la pena; y, en segundo lugar, para hacer que la respuesta punitiva sea coherente no solo con las exigencias del vigente orden social, sino también para que la solución que se dé al conflicto jurídico penal pueda tomar en cuenta a los sujetos primarios del conflicto jurídico penal en relación a las consideraciones de la sociedad en su conjunto.

Con relación a los criterios de justicia en los que hemos insistido en el presente trabajo de investigación, se deben entender los mismo no buscando qué es la justicia, sino cómo se manifiesta la justicia a tiempo de resolver un determinado y concreto conflicto jurídico penal.

Finalmente, se tiene que con estos estas conclusiones, propugno una dogmática jurídica penal abierta a los diferentes, determinado y concretos conflictos jurídicos penales y que responda a las necesidades de una sociedad altamente heterogénea, abigarrada y multisocietal, como la boliviana.

RECOMENDACIONES

Para iniciar el proceso de construcción de un Sistema Jurídico Penal en Bolivia, se recomienda:

- En el marco del paradigma del vivir bien del constitucionalismo boliviano, se recomienda encarar la reforma integral del actual Código Penal boliviano, Ley N° 1768 y del Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970.
- Para encarar dicha reforma integral, se requiere iniciar un proceso de transformación del patrón social subjetivo en todas las carreras de derecho del sistema de la universidad pública y privada del Estado Plurinacional de Bolivia.
- Lo propio al interior del Órgano Judicial de Bolivia. Además de ello, se debe transformar toda la estructura institucional y la forma de administrar justicia. Proceso que pasa por construir nuevos patrones culturales.
- Finalmente, se debe lograr independencia económica funcional de la Escuela de Jueces del Estado Plurinacional de Bolivia.

BIBLIOGRAFÍA

Aristóteles. (2001). *La Política.* Oruro: Latina Editores.

Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General.*

Bruno, B. (2013). *El marxismo en América Latina. Nuevos caminos al comunismo.* La Paz – Bolivia : Vicepresidencia del Estado Plurinacional, Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Cáceres Ortega, A. M. (2015). *Introducción al Derecho Civil del Estado Plurinacional de Bolivia. Segunda parte: Contexto Histórico. Personas.* Sucre – Bolivia,: Servicios Gráficos IMAG,.

Cerezo Mir, J. (1976). *Curso de Derecho Penal Parte General.* España: TECNOS.

Chantal, L. E. (1987). *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia.* Madrid, España: Siglo XXI.

Claus, R. (1999). *Derecho Penal Parte General.* Madrid, España : CIVITAS.

Claus, R. (2000). *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal.* Valencia – España: Tirant lo Blanch.

Claus, R. (2002). *Política criminal y sistema del derecho penal.* Buenos Aires – Argentina: Hammurabi.

Cortez Romero, E. (2012). *Para leer el nuevo orden jurídico: De Kelsen a las determinaciones contextuales.* Sucre: EDITORIAL LA LEYENDA A.

D. Fernández, G. (2002). *La Fundación de la Teoría Normativa de la Culpabilidad, en: Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad.* Buenos Aires, Argentina: BF editores.

Díaz y García Conlledo, M. (1991). *La autoría en Derecho Penal.* Barcelona: PPU.

Donna, E. A. (2002). *La autoría y la Participación Criminal.* Buenos Aires, Argentina : Rubinzal – Culzoni.

Eugenio Raúl, Z. (1999). *Manual de Derecho Penal Parte General.* Buenos Aires: EDIAR .

Fernando, V. L. (1977). *La Codificación Penal en Bolivia.* La Paz – Bolivia: Popular.

Frank, R. (2002). *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad.* Buenos Aires, Argentina: BF editores.

Franz, V. L. (1916). *Tratado de Derecho Penal.* Madrid, España: Hijos de Reus Editores .

Fredy, P. (2009). *El tiempo, el otro y la muerte a través de Emmanuel Levinas, en Teología y Vida.* Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile.

García Linera, Á. (2009). *La potencia plebeya. Acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia. Antología y presentación de Pablo Stefanoni.* (CLACSO, Ed.) Buenos Aires: PROMETEO LIBROS.

Guillermo, C. H. (1999). *Un mandato histórico: la revolución india! Preámbulo a la obra Tesis India de Fausto Reinaga.* Bolivia: ediciones PIB.

Günther, J. (1996). *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal.* Buenos Aires, Argentina : Ed. Ad-Hoc.

Günther, J. (2006). *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional", traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. En: Moderna Dogmatica Penal, estudios compilados.* México: 2° Ed., Ed. Porrúa.

Gustavo, Z. (1999). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Valladolid – España: Trota.

Hans, W. (1956). *El Nuevo Sistema del Derecho Penal.* Buenos Aires: ROQUE DEPALMA.

Jeschek Heinrich Hans, W. T. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte General, , Volumen I, 5° edición, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, .* Lima – Perú: Instituto Pacífico.

Juan, R. M. (2014). *Una tipología de las normas constitucionales, en: Un debate sobre principios constitucionales.* Lima, Perú: Palestra Editores.

Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derrecho.* Buenos Aires: Eudeba.

Lorenzo Salgado, J. (2007). *Manual de Derecho Penal.* Editorial El Progreso.

Luigi, F. (2014). *El constitucionalismo entre principios y reglas", en: Un debate sobre principios constitucionales.* Lima, Perú, : Palestra Editores.

Luis, T. (2009). *La coyuntura de la autonomía relativa del estado.* La Paz – Bolivia,: Muela del Diablo.

Luís, T. (2008). *Imperio, multitud y sociedad abigarrada.* La Paz – Bolivia: , Vicepresidencia de la República.

Moisés, C. V. (2008). *Diagnóstico del Código Penal Boliviano desde la Pluralidad y el Pluralismo Jurídico.* Bolivia: Ministerio de Justicia – República de Bolivia Viceministerio de Justicia y Derechos Humanos, GTZ – Bolivia.

Ortega Sivila, C. E. (2014). *Evaluación crítica de un proceso penal: la "borrachera" en los ambientes de la Asamblea Departamental de Chuquisaca", en Punitivismo en Bolivia.* Sucre, Bolivia: Servicios Gráficos "IMAG".

Pierre, B. (2000). *, "Elementos para una sociología del campo jurídico", en AA.VV: La Fuerza del Derecho, estudio preliminar y traducción de Carlos Morales de Setién Ravina.* Colombia : Siglo del Hombre editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Edicio.

Rita, O. T. (2013). *Bases Fundamentales de la CPE. Principios y Valores que Sustentan el Orden Constitucional.* Sucre: Centro de Estudios e Investigación, Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca.

Rivera Cusicanqui, S. (2010). *Oprimidos pero no vencidos: Luchas del campesinado aymara y quechua, 1900- 1980.* La Paz: La Mirada Salvale.

Robert, A. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid – España, : Centro de Estudios Constitucionales.

Salas Porras, R. (2001). *La teoría de la justicia y neocontractualismo (a propósito de la obra de John Rawls.* San José: EDITORIAL INVESTIGACIONES JURÍDICAS S.A.

Salas Porras, R. (2006). *La Sanción Penal: Síntoma de un Orden Social* (1ra ed.). San José, Costa Rica: Editorial Investigación Jurídica S.A.

Salvador, S. (2012). *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia: Etnografía de una Asamblea Constituyente.* Bolivia,: CEJIS, Plural editores.

Salvador, S. (2015). *Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir. Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyente.* Quito – Ecuador: ABYA YALA, CLACSO.

Silvestroni, M. (2004). *Teoría Constitucional del Delito.* Buenos Aires: Editores del Puerto.

Soruco Sologuren, X. (2009). *Apuntes para un Estado Plurinacional.* La Paz: Vicepresiencia del EPB.

Tapia Mealla, L. (2007). Bolivia: Ciclos y estructuras de rebelión. En M. Svampa, & P. Stefanoni, *Bolivia: Memoria, insurgencia y movimientos sociales.* Buenos Aires: Editorial El Colectivo.

Tapia Mealla, L. (2011). *El estado de derecho como tiranía.* La Paz: CIDES-UMSA.

Zaffaroni Raúl Eugenio, S. A. (2005). *Manual de Derecho Penal: Parte General.* Buenos Aires – Argentina: EDIAR, 1° ed.

Zaffaroni, E. R. (2009). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal.* La Paz: Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales. EDICIONES E IMPRESIONES "EL ORIGINAL SAN JOSÉ".