

UNIVERSIDAD CATÓLICA BOLIVIANA
“SAN PABLO”

Unidad Académica Regional La Paz
Carrera de Derecho

REVISTA Vol. 7 N°12

ABRIL 2023

LA PAZ - BOLIVIA

ISSN 2523-1510 (en línea) - ISSN 2521-8808 (impresa)

FERNANDO ITURRALDE ROBERTS

De Kafka a la judicialización de la sociedad:
deberes y derechos en la posmodernidad
*From Kafka to Society's Judicialization:
Duties and Rights in Postmodernity*

RODRIGO RENÉ CRUZ APAZA

Inoculación forzosa: ¿Una vía constitucional o inconstitucional
para bregar contra el Covid-19 y futuras pandemias o epidemias?
*Forced Inoculation: ¿A Constitutional or Unconstitutional Way
to Fight Covid-19 and Future Pandemics or Epidemics?*

DIEGO TEJADA MARTINEZ

Para una comprensión de las fuentes jurídicas
For an Understanding of the Sources of Law

REVISTA DE
DERECHO
DE LA U.C.B.

U. C. B. LAW REVIEW

Revista de Derecho de la UCB

UCB Law Review

Revista Vol. 7 N° 12, abril de 2023, La Paz – Bolivia
ISSN 2523-1510 (en línea) - ISSN 2521-8808 (impresa)

OSCAR OMAR APARICIO CÉSPEDES
Arzobispo Cochabamba y Gran Canciller

JOSÉ FUENTES CANO
Rector Nacional

MARÍA MÓNICA DAZA ONDARZA SALAMANCA
Vicerrectora Académica Nacional

MARCOS DELGADILLO MOREIRA
Vicerrector Administrativo Financiero Nacional

AMÉRICO SALGUEIRO CASSO
Secretario General Nacional a.i.

XIMENA PERES ARENAS
Rectora de Sede La Paz

CARLOS CORDERO CARRAFFA
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Sede La Paz
Director de la Carrera de Ciencias Políticas de Sede La Paz

IVETTE BRENDA MIRANDA PARRA
Directora de la Carrera de Derecho de Sede La Paz a.i.

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
BOLIVIANA
LA PAZ



Carrera de
Derecho

Revista de Derecho de la UCB

UCB Law Review

Revista Vol. 7 N° 12

Depósito legal 4-3-80-17

ISSN 2523-1510 (en línea)

ISSN 2521-8808 (impresa)



Revista digital

lawreview.ucb.edu.bo

Dirección

Obrajes, Av. 14 de Septiembre, calle 2

No. 4807, bloque F

(+591) 2-2782222 interno 2837

La Paz – Bolivia

Abril de 2023

Director

LEONARDO D. VILLAFUERTE PHILIPPSBORN

Docente investigador tiempo completo

Carrera de Derecho

Universidad Católica Boliviana “San Pablo”

Lvillafuerte@ucb.edu.bo

Edición y diagramación

DIEGO M. TEJADA MARTINEZ

Diseño de tapa

ADRIANA JIMÉNEZ OLMOS

Flujo de trabajo editorial

PAULA A. LABARRERA FRÍAS

NATALIA L. TRIGOSO ZEGARRA

**Lectores académicos nacionales
institucionales**



ACADEMIA NACIONAL DE
CIENCIAS JURÍDICAS DE
BOLIVIA
Fundada el 21.12.1988
Personalidad jurídica
RS 207518 de 23.4.1990

Lectores académicos nacionales

BORIS WILSON ARIAS LÓPEZ
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
La Paz - Bolivia

JOSÉ CARLOS BERNAL RIVERA
Investigador independiente
La Paz - Bolivia

LUIS ARMANDO CLAROS TERÁN
CIDES - Universidad Mayor de San Andrés
La Paz - Bolivia

PAOLA DORIS CORTÉS MARTINEZ
Abogada en el ejercicio libre de la profesión
La Paz - Bolivia

PABLO BERNARDO MILLER PAZOS
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
La Paz - Bolivia

RODRIGO RIVERA ALDAZOSA
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
La Paz - Bolivia

JOSÉ ANTONIO RIVERA SANTIVAÑEZ
Universidad Mayor de San Simón
La Paz – Bolivia

ERICK SAN MIGUEL
Investigador independiente
La Paz - Bolivia

RAFAEL VERGARA SANDÓVAL
Academia Nacional de Ciencias
Jurídicas de Bolivia
La Paz - Bolivia

FERNANDO ZAMBRANA SEA
Defensoría del Pueblo
La Paz – Bolivia

MARCO ANTONIO SAAVEDRA MOGRO
Universidad Mayor de San Andrés
La Paz - Bolivia

LEONARDO NICODEMO ASTURIZAGA
Universidad La Salle
La Paz - Bolivia

MÓNICA GABRIELA SAUMA ZANKYS
Academia Boliviana de Estudios
Constitucionales
La Paz – Bolivia

Lectores académicos internacionales

JOSÉ GABRIEL BARRAGÁN GARCÍA
Juez Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia
Ecuador

URSULA CRISTINA BASSET
Universidad Austral y Pontificia Universidad
Católica Argentina
Argentina

NATHALIA BAUTISTA PIZARRO
Universidad Externado de Colombia
Colombia

MÓNICA MARÍA BUSTAMANTE RÚA
Universidad de Medellín
Colombia

MANUEL BERMÚDEZ TAPIA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Perú

FERNANDO CANTUARAS
Universidad del Pacífico
Perú

LIGIA DE JESÚS CASTALDI
Ave Maria School of Law
Estados Unidos

JUAN CIANCIARDO
Universidad de Navarra
España

MARIO EUGENIO CHAUMET
Universidad Nacional de Rosario
Argentina

MARÍA LAURA FARFÁN BERTRÁN
Universidad Nacional de Cuyo
Argentina

ERIC FRANCO
Investigador independiente
Perú

DÉBORA GUERRA MORENO
Universidad Libre Seccional Cúcuta
Colombia

YUDITH LÓPEZ SORIA
Universidad Laica Vicente Rocafuerte de
Guayaquil
Ecuador

CARLOS ALBERTO MATHEUS LÓPEZ
Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

GIOVANNI PRIORI POSADA
Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

DÉBORA RANIERI DE CECHINI
Pontificia Universidad Católica Argentina
Argentina

KATHERINE ANDREA ROLONG ARIAS
Universidad de Medellín y Juez de Antioquía
Colombia

CLAUDIO JESÚS SANTAGATI
Pontificia Universidad Católica Argentina
Argentina

ALFONSO SANTIAGO
Universidad Austral
Argentina

GUILLERMO PEDRO BERNARDO TINTI
Universidad Católica de Córdoba
Argentina

FERNANDO ALFREDO UBIRÍA
Pontificia Universidad Católica Argentina
Argentina

ORIÓN VARGAS VÉLEZ
Universidad de Medellín y Universidad EAFIT
Colombia

ERIKA VALDIVIESO LÓPEZ
Universidad Católica Santo Toribio de
Mogrovejo
Perú

Contenido

Presentación

Foreword

pp. 7-8

Investigaciones jurídicas científicas *Peer-Reviewed Scientific Legal Research*

FERNANDO ITURRALDE ROBERTS

De Kafka a la judicialización de la sociedad:
deberes y derechos en la posmodernidad

From Kafka to Society's Judicialization:

Duties and Rights in Postmodernity

pp. 11-51

RODRIGO RENÉ CRUZ APAZA

Inoculación forzosa: ¿Una vía constitucional o inconstitucional
para bregar contra el Covid-19 y futuras pandemias o epidemias?

*Forced Inoculation: ¿A Constitutional or Unconstitutional Way
to Fight Covid-19 and Future Pandemics or Epidemics?*

pp. 53-115

DIEGO TEJADA MARTINEZ

Para una comprensión de las fuentes jurídicas

For an Understanding of the Sources of Law

pp. 117-169

Políticas editoriales, ética y buenas prácticas

Editorial Policy, Ethics and Good Practices

pp. 171-189

Presentación

Con ocasión de dar a conocer los artículos que componen el N° 12 de la Revista de Derecho de la U.C.B. – *U.C.B. Law Review*, queremos resaltar que con este número se inicia el séptimo año de trabajo ininterrumpido de este espacio de reflexión y producción académica pensado y elaborado, con mucho esmero, desde la Carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” de sede La Paz.

Esta edición ofrece a su gentil público tres artículos cuyos principales ejes temáticos atañen a la filosofía del derecho y al derecho constitucional; tres propuestas que incentivarán nuestra meditación sobre el derecho y el rol que las normas jurídicas desempeñan en la vida de los individuos y la sociedad.

La revista empieza con una delicada reflexión filosófica, que motivada por la lectura de dos novelas de Kafka (*El castillo* y *El proceso*) y su correspondiente análisis con base en, por un lado, la obra de Deleuze y Guattari y, por otro, la teoría mimética de Girard, aborda los elementos psicológicos y sociales que movilizan la relación entre los individuos y las leyes en la posmodernidad, en la cual toma forma una sociedad judicializada que se debate, de forma más o menos abrupta, según su grado de institucionalidad, entre la individualización y la pertenencia colectiva.

En segunda instancia, se presenta un estudio de derecho constitucional, que se hace cargo de pensar las consecuencias que para los derechos fundamentales puede comportar la vacunación forzosa como medio de lucha contra enfermedades en contextos de pandemia, y que construye su análisis desde el acontecimiento que representó la reciente emergencia sanitaria que en todo el mundo se vivió a causa del Covid-19.

Finalmente, la tercera investigación aborda el discurso filosófico concerniente a la doctrina de las fuentes del derecho y devela que una correcta comprensión de las fuentes jurídicas deberá girar alrededor de los conceptos de unidad del derecho y práctica jurídica, los cuales permiten ver, por una parte, la utilidad práctica de la teoría de las

fuentes del derecho y, por otra, la constitutiva unidad y practicidad del fenómeno jurídico. Luego, con base en el eje teórico fuentes del derecho-unidad del derecho-práctica jurídica, el artículo da cuenta de que una cabal comprensión de las fuentes del derecho sólo podrá ser alcanzada en la medida en que se haga explícita la relación que existe entre la Constitución y la producción de las normas jurídicas.

Editor

**Investigaciones jurídicas científicas
revisadas por pares académicos**

Peer-Reviewed Scientific Legal Research

Página dejada intencionalmente en blanco

De Kafka a la judicialización de la sociedad: deberes y derechos en la posmodernidad

*From Kafka to Society's Judicialization:
Duties and Rights in Postmodernity*

FERNANDO ITURRALDE ROBERTS*

Recibido: 19 de febrero de 2023

Aceptado: 24 de marzo de 2023

Resumen

A partir de un análisis de dos novelas de Kafka y la interpretación que de su obra hicieron dos críticos importantes, este artículo se propone analizar las relaciones psicosociales que se establecen entre los ciudadanos y las leyes que emanan del Estado. En una problematización que posee todavía los rasgos del viejo dilema que oponía el Estado a la sociedad civil, se intentará comprender el horror que puede producir un enfrentamiento demasiado abrupto y violento con la modernidad institucional estatal y cómo esa confrontación a su vez da lugar a proyecciones idealizadas de formas de convivencia

* Licenciado en Filosofía y Magister en Literatura latinoamericana por la Universidad Mayor de San Andrés, y Ph.D. en Lenguas y literaturas hispanas por la University of Pittsburg. Docente tiempo horario de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0918-9930>

Contacto: fiturralde@ucb.edu.bo

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 7 N° 12, abril 2023, pp. 11-51 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.20231285>

donde no hay una institucionalización moderna. Finalmente, se propondrán algunas ideas para salir del atolladero en el que parece sumirnos la contradicción entre individualización y pertenencia corporativa de reivindicación de derechos con tendencia a una organización autoritaria. Con vistas a alcanzar estos objetivos, propondremos tres momentos de análisis: primero, Kafka, sus novelas y la visión de un Estado inalcanzable y una ley ambivalente. Luego, veremos los efectos de la individualización y mostraremos que, ahí donde ésta fracasa, corren el riesgo de fracasar los extremos del individualismo judicial también. Por último, propondremos vías que eludan el doble vínculo de lo comunitario y lo individualista.

Palabras clave: Kafka / judicialización / René Girard / Gilles Deleuze / Félix Guattari / Estado / sacrificio / mimesis.

Abstract

From the starting point of analyzing two of Kafka's novels and the interpretation made of them by important critics, this article analyses the psychosocial relations established between citizens and the laws that emanate from the state. In a problematizing that still possesses the traits of the old dilemma that opposed the state to civil society, we will understand the horror produced by the abrupt and violent facing off with institutional modernity and how this confrontation gives way to idealized projections of ways of coexistence where there are no modern institutionalizations. Finally, we propose some ideas to get out of the deadlock in which the contradiction between individualization and corporative belonging to claim rights with a tendency towards an authoritarian organization puts us in. To achieve these goals, we proceed with three moments of analysis: first, Kafka, his novels, and the vision of a state that remains unattainable with an ambivalent law. Then, we see the individualization effects arguing that, where it fails,

the extremes of individual judicialization are also at risk of failing. In the end, we propose ways to avoid the double bind of collectivism and individualism.

Keywords: Kafka / judicialization / René Girard / Gilles Deleuze / Félix Guattari / State / sacrifice / mimesis.

Estos dos estados coexistentes del deseo son los dos estados de la ley: por un lado, *la ley trascendente paranoica* [énfasis del original] que no deja de agitar un segmento finito, que sin cesar hace de éste un objeto completo, que no deja de cristalizarse por aquí o por allá; por otro lado, *la ley esquizo inmanente* [énfasis del original], que funciona como una justicia, una antiley, un procedimiento que va a desmontar la ley paranoica de todos sus dispositivos. (Deleuze y Guattari, 1978, p. 89).

1. Introducción

En el primer semestre del año 2022, uno de los temas de mayor repercusión en las noticias fue el juicio que Johnny Depp le hizo a su exesposa, quien ya le había hecho uno antes a él. El juicio buscaba establecer que Depp había sido difamado y que, por lo tanto, se le debía resarcir por los daños sufridos. Hay varias razones para que un caso como este tuviera tanta fama y fuera seguido por tanta gente (incluso y a pesar o *a fortiori* de que una guerra se estaba llevando a cabo en el mismo periodo); se puede pensar, sin duda, en la celebridad de ambas personalidades del entretenimiento, se puede pensar en el revanchismo de muchos hombres y de mujeres que defienden a los hombres de la excesiva tendencia a acusarlos de cualquier mal comportamiento frente a mujeres completamente inocentes (cosa que daña también a la misma causa del feminismo), se puede pensar en el morbo y gusto que uno

tiene por los chismes de las celebridades: en fin, comprendemos que son muchas las causas por las que un juicio así podría tener tanta cobertura mediática. Ahora bien, si de ese lado las cosas parecen claras y nadie pondrá en duda a quienes seguimos con apasionamiento el juicio, sí queda la cuestión de saber qué clase de sociedad es, primero, la que institucionaliza jurídicamente de ese modo cualquier desacuerdo entre una pareja y, segundo, la que hace de los conflictos intersubjetivos, de a dos, íntimos, una cuestión pública, que deba pasar por el escrutinio de las masas y ser dirimido fuera de instancias estatales. Un proceso curioso, por lo tanto, se ha dado en las sociedades occidentales: desde la instauración de un aparato judicial separado del resto del grupo hasta la dependencia de todos los aspectos de nuestras vidas sobre ese aparato, hay una trayectoria que normaliza las relaciones judiciales como relaciones intersubjetivas en sociedades que supuestamente han acabado con las asimetrías corporativas y las rivalidades a muerte por recursos escasos.

Pues bien: ¿cómo explicaremos esta lógica judicial en el mundo, en la región y en Bolivia? ¿Qué nos pueden decir algunas de las obras de Kafka sobre esta orientación de la historia occidental? ¿Cómo se manifiesta esta tendencia en Bolivia, donde el aparato judicial es tan precario y se sigue manejando por pertenencias a corporaciones de poder? ¿Qué relaciones podemos establecer entre modernización, poder judicial e individualismos sin pertenencias? ¿Qué relaciones existen entre las pertenencias con tendencia premoderna (o al menos, con una visión de proyección orgánica y religiosa) y el desarrollo de un aparato jurisprudencial ampliado?

Una vía que nos puede ofrecer todavía más interrogantes sobre este fenómeno es la que ofrece la teoría mimética iniciada por René Girard y ya muy desarrollada en diferentes ramas de las ciencias sociales contemporáneas. Dentro de esta corriente, se ha señalado la importancia que tiene la hipótesis de que la justicia provenga de una

creciente separación de la violencia capaz de sacrificar de forma legítima (es decir, de hacerlo dentro de un marco todavía religioso) de aquella que mata en lo profano, cometiendo el crimen de homicidio (Dumouchel, 1995, p. 50; Girard, 1995, pp. 21-37). La primera violencia es originaria y fundamental al instaurar el derecho real (de los reyes) de dar muerte a los sujetos, en la medida en que los primeros son parte de un movimiento de sacralización que los sitúa en el marco del sostén de un orden vigente. Pero los seres humanos se irán dando cuenta de que toda violencia es en última instancia arbitraria y que no hay homicidio que goce de mayor legitimidad por razones meramente religiosas o mágicas. Por lo tanto, una clara orientación hacia la demistificación y desmitificación se instala en las mentes de quienes comprueban con más o menos alarma e indignación que los sacrificios no funcionan como se espera, que los rituales religiosos llamados a mejorar las condiciones de vida de todos en la comunidad no son tan eficaces como quieren hacer creer los sacerdotes y hombres de Estado.

El fracaso de la eficacia simbólica del sacrificio conduce a que todos los esfuerzos se concentren en averiguar realmente quién fue el perpetrador del crimen, para no caer así en excesos de una acusación apresurada.¹ Sin embargo, esta formación todavía demora mucho tiempo porque por un largo lapso aún se recurre sin mayores reparos a la culpabilización del otro (y este tiempo llega a nosotros con las acusaciones persecutorias inconscientes y no reconocidas). Dicho de otro modo, el prejuicio inconsciente de desprecio y desconfianza del otro prevalece por un largo tiempo más y da lugar al funcionamiento impecable del mecanismo de chivo expiatorio (Girard, 1986, pp. 21-

¹ Recientemente, Jean-Marc Bourdin (2023) ha asociado esta tendencia con la moda contemporánea y ya de por lo menos un siglo de las ficciones policiales, así como de sus variantes basadas en la vida real: de lo que se trata es de encontrar la verdad detrás de las acusaciones apresuradas que siempre buscan un chivo expiatorio fácil para aplacar su sed de venganza/justicia.

34). La otredad es lo que queda como incógnita en todo este proceso, pero podemos pensar fácilmente en algunos sospechosos comunes, como los judíos en Europa. Las guerras religiosas que vivió este continente pueden concebirse como una explicación causal de la posterior formación del pensamiento tolerante e ilustrado que desmitificó algunos de los aspectos más supersticiosos de la creencia en una condena por la fe. Esta historia, aparentemente, no tiene ninguna versión en otras regiones o latitudes y se transmite a EUA como parte de su origen colonial, pues los peregrinos y otros grupos escapaban de la intolerancia, precisamente.

Ahora, ante esta aparente evidencia de diferencia específica en la historia de las poblaciones europeas, cabe preguntarnos por las configuraciones concretas en que se dio una evolución de este tipo hacia un abandono del dogmatismo de una sola religión y la aceptación tolerante (por muy hipócrita que fuera) de una diversidad religiosa dentro de ciertos parámetros (pues hay que recordar que el islam seguía siendo incómodo, y lo es hasta hoy, y el judaísmo sufrió el Holocausto como una excepcionalidad histórica dentro de Occidente). Si Occidente pudo ponerse como ambición suprema que la ley se aplique de forma igualitaria a todos los grupos sin importar las creencias, ideas o religiones, entonces la tendencia de Occidente debería ser la creciente indiferenciación en cuanto al alcance de la ley, a la obediencia de la ley. En teoría mimética, la indiferenciación o pérdida de diferencias es equivalente a la pérdida de fuerza de la ley, del carácter sagrado e incuestionable del centro de donde emana esa ley. ¿Podemos realmente ver una relación entre la globalización occidental y la debilitación de la fuerza de las leyes constitucionales o de los códigos penales y un aumento de lo jurisprudencial y la casuística pragmática? ¿En qué medida una formación jurídica que no se adecúe a esta practicidad casuística está condenada a transformarse en una entidad represiva y persecutoria que solo puede poner a la defensiva, en actitud paranoide,

a los ciudadanos (obligándolos a aferrarse a refugios religiosos en busca de una solidaridad íntima para siempre perdida)? ¿Y puede darse la situación inversa, es decir, que la invasión de lo judicial en lo cotidiano e individual conduzca igualmente a añoranzas de una vida corporativa de pertenencia que nos proteja de esos excesos?

A continuación, trataremos de analizar estas cuestiones, primero, por medio de un comentario de dos novelas de Kafka, recurriendo a un diálogo entre la lectura de Deleuze y Guattari y la teoría mimética. Luego, estudiaremos la visión de una sociedad judicializada y atomizada con dos ejemplos concretos y lo que parecen ser sus consecuencias. Finalmente, propondremos algunas ideas para salir de estas situaciones problemáticas, así como los límites de estas soluciones y las tendencias judiciales implicadas en ellas.

1.1. Aspectos metodológicos y conceptuales

Los análisis que siguen dependen de cierta familiaridad con dos teorías que no han sido explicitadas. La primera es la que proponen Gilles Deleuze y Félix Guattari y la segunda es la que propone René Girard, entre otros que lo siguen y desarrollan sus planteamientos. La primera se puede concebir como un posestructuralismo, es decir, como una continuación crítica del estructuralismo que se desarrolló en el siglo XX en Europa, sobre todo en Francia. En este sentido, la teoría toma en cuenta algunos postulados del estructuralismo, como el que quiere que toda formación de sentido depende del ordenamiento que se da a los elementos que componen una totalidad y la manera en que se aborda un análisis a partir de un corte sincrónico que puede a su vez tomar en cuenta facetas de la evolución diacrónica de la totalidad cuyo corte se considera. De forma específica, la teoría de Deleuze y Guattari busca eludir las determinaciones macro, designadas por ellos como “molares”, para encontrar en las determinaciones micro, concebidas como “moleculares”, líneas de fuga que eludan las clasificaciones fijas y estancadas que cualquier análisis estructural produciría. De ahí que

sus análisis específicos de Kafka se orienten en esa dirección: descubrir las fisuras desde donde se atisban fugas de las determinaciones estructurales (principalmente binarias). Aunque en su trabajo colectivo, los dos autores no dejan de proponer distinciones que parecen recaer en figuras binarias, esto es considerado como parte de su propuesta que acepta que toda desterritorialización (toda fuga de las determinaciones binarias) no puede adquirir cierta consistencia humanamente tolerable si no es por medio de constantes reterritorializaciones (fijaciones dentro de los binarismos estructurales del sentido) siempre presentes. Así, las velocidades pueden variar en esos vaivenes entre la negación de las determinaciones y la aceptación de estas en fijaciones provisionales. Para facilitar la comprensión de lo que sigue, conviene mencionar también que para estos autores los polos de fuga y desterritorialización están asociados con una negación de las formaciones estatales y los polos de territorialización y fijación del sentido están relacionados con una negación del nomadismo y una afirmación del sedentarismo de captura y concentración estatal del poder.

Por su parte, la teoría mimética de René Girard se presenta también como un posestructuralismo crítico, es decir, como un cuestionamiento de los supuestos del estructuralismo con vistas a criticarlos y rebasarlos de algún modo. A diferencia de las propuestas de los dos autores anteriormente repasados, Girard no busca hacer proliferar las diferenciaciones con vistas a alcanzar un límite que quiebre con toda clasificación, estructura, categorización, polaridad binaria limitante o territorialización domesticadora; al contrario, el antropólogo de la religión francés sostiene que ese deseo de indiferenciación radical está alcanzando un límite. En este sentido, sus análisis no buscan destacar las técnicas de resistencia de artefactos culturales (sobre todo literarios), sino demostrar cómo, en el mundo moderno, la pérdida de diferencias y de criterios de diferenciación que otorguen una ubicación

a los individuos solo cumplen con la función de exacerbar los conflictos. Quizás aquí la diferencia fundamental entre ambas teorías es el horizonte histórico de posibilidad y lucha. En principio, las dos teorías pueden parecer absolutamente irreconciliables, pues la primera, la de Deleuze y Guattari, promueve e invita a llevar al capitalismo o la modernidad a sus extremos radicales para posibilitar, quién sabe, algo diferente. En cambio, en Girard, esa tendencia solo puede culminar en un momento apocalíptico, es decir, en una situación crítica ambivalente que puede resultar en una liberación radical y última o, al contrario, puede ser la aniquilación definitiva de lo humano por parte de lo humano. Vistas de otra manera, sin embargo, ambas teorías coinciden en un realismo radical que acepta y mira de frente el estadio último al que ha llegado el capitalismo o la modernidad, pero en lugar de proponer utopías esperanzadoras, permanecen con la vista en la ambivalencia de toda crisis terminal, de toda crisis que anuncia un cambio de orden y que, por eso mismo, puede traer consigo lo peor. En todo caso, si Girard no duda en hablar de apocalipsis, es porque también se aferra a la tradición cristiana para rehabilitarla como historicismo absoluto donde no queda sino la libertad de los seres humanos ante sus propias violencias: no hay una entidad divina que garantizaría los buenos resultados de la escalada violenta de los humanos, solo queda contar con la decisión de estos y su aprendizaje histórico. Al modo de Cristo en la cruz, Girard cree que cualquier figura de dios nos ha abandonado desde ese momento en que el hombre Jesús muere crucificado. No hay instancia que nos garantice que nuestras decisiones son las correctas. La violencia humana es tan inmanente como el *caosmos* de Deleuze y Guattari y depende de lo humano el detenerla o profundizarla.

2. Kafka, *El proceso* y *El castillo*: figuraciones de un centro trascendente inaccesible

En su comentario a la obra del autor checo, Deleuze y Guattari (1978) muestran cómo esta ficción (y la evidencia se encuentra también en la correspondencia y el diario del autor) elude constantemente las fijaciones impuestas por un centro trascendente que connota a una suerte de Estado moderno y burocrático. Así, tanto en *El proceso* (2013) como en *El castillo* (1976)² comprendemos plenamente esta interpretación al ver cómo el personaje, en ambas novelas, está sujeto y sometido a la atracción terrible de ese centro, cuya inaccesibilidad y opacidad produce una angustia ominosa, que tiende a formaciones psicológicas paranoides. De modo consecuente a una filosofía elaborada desde hace varios años ya, Deleuze y Guattari (1978, pp. 80-

² Elaboramos aquí dos breves resúmenes de estas dos obras. Cabe siempre tener en mente la anterioridad de *El castillo* con respecto a *El proceso*, así como considerar que se tratan de dos obras diferentes, cuya integridad se puede discutir por su carácter póstumo e inacabado, pero que no dejan de representar dos momentos distintos y dos productos diferentes también. En este sentido, no elaboraremos aquí los comentarios del mismo Brod sobre el parentesco y la cercanía de ambas novelas, cosa que queda en evidencia a la simple lectura. En la primera novela, el protagonista, el agrimensor K., llega a un pueblo cercano a la ciudad en la que se encuentra un castillo que siempre está a la vista y al que desea acceder para conocer la razón por la que fue llamado y cuál debía ser su trabajo exactamente. Por una serie de enredos, nunca consigue acceder al castillo ni saber su misión. Aunque la novela quedó inacabada, sabemos que el final incluía la muerte del agrimensor ante las negativas rotundas del castillo y del Estado para considerar sus inquisiciones y peticiones. En la segunda novela, el ciudadano Josef K. se ve envuelto en una acusación judicial que le llega desde el Estado sin que se pueda saber la razón verdadera detrás de los cargos. Tras una serie de enredos, intentos por acceder a una defensa y por defenderse él mismo de las acusaciones que desconoce, el personaje es incapaz de conseguir nada, salvo la noción de que quizás en el fondo sí es culpable, por lo que al final de la novela se muestra sumiso a los ejecutores de su condena.

92) encuentran esas resistencias a la absorción por parte del monismo estatal en la proliferación de vasos comunicantes entre espacios contiguos cuya discontinuidad solo se marca por un pasaje similar al que hay entre los gradientes intensivos de una pura materialidad. La proliferación serial propiamente “esquizofrénica” (en el sentido que el filósofo y el psiquiatra tratan de elaborar) aparece en ambas novelas y pone en evidencia esta figuración de un sentido que nunca termina de escapar a las triangulaciones edípicas y a las fijaciones estatales molares (burocráticas). El repudio de la absorción estatal, el juego constante de distanciar los intentos de acercarse al centro sagrado de donde emana la ley y la sospecha ante los personajes que se repiten y parecen agentes de esa omnipotencia tiránica que irradia del centro trascendente son otras tantas formas de abrir caminos cuando se pretende agotar las vías de escapatoria, ante la clausura impuesta desde arriba (proceso que define la jerarquización).

La apertura de estas vías se nota, según la visión de estos comentaristas de Kafka, sobre todo en el manejo que hace este último de las puertas que conducen a espacios contiguos y a veces sin sentido real de una arquitectura posible.³ Estos territorios asediados por una geometría estricta de lo imposible atestiguan la angustia de los sujetos que no pueden sino buscar las maneras de eludir tanta presión y rigidez. De hecho, el texto no duda de hablarnos de una reacción propiamente animal de lucha o fuga, de combate o fuga, que no es otra cosa que la continuación de un análisis etológico en el contexto de lo social: ante las territorializaciones impuestas por el asentamiento burocrático, se

³ Nos parece que una variación interesante de ese manejo de los espacios y de los desplazamientos en una narrativa sudamericana se encuentra en la obra del uruguayo Mario Levrero (2008, 2010). Esta aproximación puede darnos una veta para indagar, en otra oportunidad, las relaciones entre la ficción urbana y la proximidad paranoide de un mundo administrado por el vínculo fuerte que hay entre la ciudad y el aparato burocrático-estatal.

procede a la figuración de líneas de fuga animales (el capítulo que aquí utilizamos es también un comentario sobre el concepto de *devenir-animal*).

Lo que la novelística de Kafka nos permite comprender, según esta misma lectura, es la relación entre la burocracia, la familia edípica (que dejaremos de lado) y la instauración de una trascendencia que representa a la ley (estatal, sobre todo, pero bien podría ser empresarial, burocrática en general). Esta relación es la que nos da paso para ampliar los puntos de conexión a la ley en tanto emanada por un poder divino y tal como aparece en las religiones monoteístas que están muy vigentes en la actualidad: la ley en el judaísmo, en el islam y en los cristianismos. Esta ley religiosa se puede analizar por medio de la teoría mimética y su idea de la historia occidental como un proceso de desmitificación del mecanismo sacrificial y de chivo expiatorio.⁴ La evolución de la ley civil que emana del Estado pasó necesariamente por esfuerzos que siguen hasta hoy con vistas a hacerse la forma principal con que la sociedad relaciona a sus miembros. Sería impensable imaginar una situación problemática como la del aborto en Estados Unidos sin al mismo tiempo estar al tanto de que la religión juega en ese país un papel importante en las decisiones del poder, en la conformación de leyes. Igual podríamos elaborar una gradación de extremismos en el apego a lo escrito y la ley ancestral por medio de una revisión de países que todavía se rigen según códigos religiosos.

Hoy concebimos con algo de claridad los caminos por los que se desarrolló una secularización creciente de las creencias irracionales,

⁴ Quizás convenga aclarar que Girard (2014, pp. 57-78) no concibe el proceso de secularización como algo exclusivamente occidental, más bien, parece indicarnos que la orientación a la desmitificación y a la secularización es inherente al mecanismo mismo de persecución del chivo expiatorio y que tarde o temprano terminaría desmitificándose en cualquier cultura humana, tal como insinuamos en la introducción.

religiosas, supersticiosas. Al mismo tiempo, no se puede despreciar con altanería las maneras de administrar la ley en culturas que todavía no son tan pretendidamente modernas y científicas como la occidental (que cada vez lo es menos, sin duda). Lo importante es que la ley religiosa deja de ser algo crucial en el movimiento ilustrado hacia la modernidad política y tecnológica. La aceleración de las libertades con respecto a lo religioso hace que el siglo XIX se constituya por un impulso igualitario y democrático que se podría concebir como el resultado directo de la decapitación de los poderes sagrados de los reyes y, también, claro, de las mismas iglesias (anglicana como católica). Tocqueville (2012) anticiparía la imposibilidad de detener ese movimiento de época que es la democracia (en el sentido que quiera entenderse, como representación enredada o como participación directa en las decisiones de la mayor cantidad de gente y mayor diversidad posible). Este impulso no se ha detenido hasta el día de hoy y sigue su camino en vías de anular las formas de jerarquización y desigualdad entre seres humanos. Es importante aclarar en este punto que, para la teoría mimética, la igualación bajo ninguna circunstancia trae la paz entre las personas; todo lo contrario, la igualdad ante la ley de la gran mayoría de las poblaciones de países del mundo exacerba las rivalidades, las competencias, las envidias, los celos, la ausencia total del *degree* (Girard, 1990) que en culturas premodernas conservaba todavía una ilusión de sagrados jerárquicos infranqueables.

El movimiento histórico de Occidente como la realización de –o el intento de realizar– esta salida de lo sagrado violento por medio de una expulsión radical de las supersticiones sacrificiales nos da una visión diferente sobre las maneras que otros sistemas judiciales tienen de funcionar. La ley se impone e institucionaliza para contener la violencia, pero al hacerlo, termina conteniendo en su interior esa misma violencia. Es el doble sentido que Jean-Pierre Dupuy (2013, pp. 4-16, pp.100-19, pp. 175-93) destaca de esta palabra: ‘contiene’ en el sentido de que limita y controla; ‘contiene’ en el sentido de que “está

llo de”, de que su contenido es la violencia misma. Toda confrontación en torno a la ley será, por lo tanto, sumamente peligrosa pues puede dejar en libertad esa violencia que contiene y así confundir a quienes dependen de ella para detener las otras violencias difuminadas por toda la sociedad. Esta es una de las lecciones cruciales del fundamental capítulo XI de *La violencia y lo sagrado* de Girard (1995, pp. 285-321). Sin una separación mínima entre algo así como un poder judicial y las prácticas tradicionales de administración de justicia (sobre todo retributiva, aunque en otros tantos casos en una combinación con una que también debe ser distributiva), la diferenciación insalvable que debe existir entre el poder sagrado que dirime (y ejerce esa violencia decisional) y los afectados por esa decisión posteriormente debe ser sostenida por la violencia de un aparato coercitivo lo suficientemente fuerte para que no haya dudas ni confusión alguna. Si la coerción que defiende la decisión tomada por la instancia de la ley es puesta en duda, se indiferencian los niveles de la autoridad trascendente y sagrada con los de quienes no forman parte de esa instancia. Esta indiferenciación, de ocurrir, será definida como crisis, es decir, como pérdida de la diferenciación o criterio de demarcación entre el ejercicio de la violencia legítima que emana de la ley trascendente y una etapa más en el desencadenamiento de la violencia recíproca entre bandos contendientes.

Las novelas tardías de Kafka que estudiamos aquí parecen insistir sobre ese punto, sobre todo la conclusión aparentemente pesimista de *El proceso*: una vez que la instancia de la ley se inmiscuye en la obscenidad de las vidas personales y privadas de las personas, que adopta favoritismos aparentes por cualquier razón arbitraria, la indiferenciación y la crisis están garantizadas. Estas dos formas del pesimismo social aparecen en las novelas de Kafka como angustia terrible de los personajes sobre los que recae la focalización narrativa. La angustia vira fácilmente a paranoia y a preocupación constante por

determinar quiénes están en contra de uno y a favor del aparato judicial persecutorio corrupto. Los personajes no tardan en encontrar que el mundo entero funciona de esa forma donde la obscenidad prolifera y las líneas de fuga que pervierten e indiferencian el orden jerárquico vigente están en todos los órdenes de la vida, en todas las circunstancias. No hay situación que no genere dobles, no hay dobles que no terminen triangulados por el poder, pero no hay tampoco triángulos o líneas (dobles) que no sean carcomidas desde adentro por sus propias corrupciones, las cuales las exponen a eso mismo que se cree que es contra lo que luchan (la corrupción, los autoritarismos). Esta lectura de Deleuze y Guattari, sin embargo, nos dispone en exceso a la tentación anarquista de una interminable resistencia a los centros de poder estatal y a las institucionalizaciones que tienden a sujetar a los individuos; la perspectiva anarquista pierde de vista la función de seguridad que ejerce el Estado y su aparato institucional burocrático. Como señalaba Marx (Tucker, 1978, pp. 26-51) en su escrito sobre la cuestión judía, la seguridad es el fundamento de la sociedad civil misma. Es difícil imaginar una situación en la que se eluda una pertenencia de sujeción y sumisión en la existencia civil: habría justamente que pensar una vida como el anonimato de la inmanencia pura que Deleuze (1995) tratará de describir en un texto póstumo.

La situación paradójica del hombre ante la ley es la que señala Žižek (2015, p. 453): tenemos la impresión de que una puerta imposible de franquear ha sido diseñada exclusivamente para nosotros, pero esta es justamente la fascinación que ejerce sobre nosotros el goce del obstáculo, de la ley. Lo que percibimos como una carencia inherente a nuestra imposibilidad para ingresar por la puerta de la ley es la carencia de la ley misma, es el reflejo del hecho de que esa ley que estaba hecha para nosotros nunca nos tomó propiamente en cuenta. Esta paradoja de predestinación y carencia, tanto en nosotros como en aquello a lo que nos creemos predestinados, es el núcleo de la situación agobiante y angustiante en la que nos sitúan las novelas del autor checo. La

predestinación confluye con la sensación constante de no haber cumplido con nuestra función; la centralidad de sentirnos en la zona más importante de una situación viene de la mano de la manía y la paranoia, la depresión, por no estar a la altura de aquello que se nos encomienda en esa posición. Žižek (2015, pp. 389-420) indica que Deleuze no es capaz de percibir la ambivalencia inherente a la pulsión lacaniana, es decir, que no puede asumir la tragedia que significa el que toda liberación postula y proyecta ya de por sí la autotranscendencia que la limitará de forma inmanente (la pulsión es una repetición autoinfligida como goce). Se le podría discutir esto a Žižek aludiendo al lema deleuziano de que toda revolución está condenada a fracasar y que solo podemos discutir seriamente de un devenir-revolucionario. Sin embargo, tiene también razón en señalar la visión a veces demasiado maniquea en la concepción del deseo inmanente que tiene el filósofo francés y que comparte con Guattari. En la versión del psicoanálisis de Žižek, la paradójica posición del personaje que llega a las puertas de la ley y busca ingresar, solo para descubrir que esa puerta le estaba predestinada únicamente en la medida en que debía prohibírsele el paso (estaba predestinada para señalarle su carencia a él y que note que él mismo es la carencia en ella), esta posición paradójica, decimos, es la pauta principal de cómo se vive la administración de la justicia y la imposición de la ley, arbitraria, ciega, sobre quienes dependen de ella. Esta arbitrariedad y ceguera son necesarias en un sentido específico: primero, garantizan que nuestro caso sea uno más entre miles y que no tenemos nada en especial, pero, al mismo tiempo, y segundo, nos indican que en cualquier momento podríamos ser una víctima de esa ley, víctima anónima y repetición eterna de una misma arbitrariedad absurda. En la ley y por ella somos los predestinados a ser perseguidos y, al mismo tiempo, somos a los que anónimamente aquella debería proteger; experimentamos así nuestra existencia ambivalente como suplementos de una ley que siempre escapa al control humano.

Sin duda, esta situación paradójica viene con la instauración de la autoridad simbólica tal como la describe el psicoanálisis: el precio a pagar por el superyó es el de siempre estar angustiados por el sufrimiento que nos genera el nunca ser demasiado buenos, el siempre generar burlas y desprecios bajo la mirada (*gaze*) de los demás. Toda intersubjetividad e interdividualidad, por lo tanto, parece sujeta a esta situación paranoide de angustia ante el juicio ajeno. Podemos imaginar que este fenómeno solo adquiere relevancia cuando la libertad individual es sobrevalorada y se la pone como lo primordial en nuestras vidas; una angustia similar debería ser mucho mayor en mundos corporativos, pero no parece serlo, todo lo contrario. La alienación completa en el sistema corporativo parece garantizar cierta tranquilidad en el individuo y esto nos muestra que una completa alienación, como la que busca el radicalismo político, no es del todo negativa: en verdad, nos libra de la ilusión de que somos algo más que nuestras acciones y comportamientos, anula de algún modo el mito de la interioridad. Podemos ya intuir la paradoja de todo esto: algo de lo que nunca gozamos, la plena pertenencia corporativa, en verdad nunca estuvo ahí, por lo que nuestra pérdida es la de algo que nunca tuvimos y creímos perder, es tan solo la pérdida de una pérdida (algo que siempre estuvo perdido, que nunca poseímos). Así, es curioso notar que la noción de una ausencia plena de alienación es la verdadera alienación, más que la pertenencia inconsciente o apenas comprometida con una causa que solo puede generar una pertenencia a fondo de forma consciente. Tuvimos que sufrir la ilusión de ser arrancados de una forma originaria de pertenencia para poder decirnos ahora libres de escoger de forma consciente una modalidad de pertenencia que supla esa adscripción originaria, puramente virtual. Quizás en esto consiste plenamente el estar-en-el-mundo moderno, la modernidad individualista capitalista, poscristiana.

El castillo genera una sensación similar solo que esta vez el enfoque no está tan centrado en el personaje principal, cosa que puede ser

concebida como una manera de distanciarse de la propia historia, de expandir el disimulo a toda una ciudad. Esto no está lejos de la lectura de Deleuze y Guattari, quienes identifican, en las reiteraciones, formas de eludir la clausura estatal. Si existen tantos dobles y tantos triángulos en estas novelas es porque los personajes van encubriendo una verdad nuclear que puede ser personal o puede deberse tan solo a la diferencia de edad con la que Kafka escribió ambos textos. De todas formas, la proliferación de personajes tiene esa función de diferir la revelación de un núcleo que, por la personalización de *El proceso*, quizás tenga que ver con una madurez que está dispuesta a confesar su parte de “culpa” en los males que la someten. A fin de cuentas, ¿no es el personaje una suerte de cómplice de todo lo que sucede a su alrededor? ¿No trata también él de salvarse por cualquier medio (incluso el de difamar o acusar a otros) cuando se ve enfrentado a la omnipotencia totalitaria del Estado burocrático? Esto es precisamente lo que establecen Deleuze y Guattari (1978) sobre el personaje de *El proceso*: “el secreto de *El proceso* consiste en que el mismo K es también abogado, él mismo también es juez” (p. 85). En *El castillo*, en cambio, novela anterior, la visión de la inocencia de K es mayor pues involucra su llegada del campo, su búsqueda de una vía por acceder a un trabajo por el que ha sido convocado, más que una manera de salvar el pellejo (aunque la relación que hay entre encontrar trabajo y salvar el pellejo en las sociedades modernas y meritocráticas es siempre una de mucha cercanía).

El horror que se produce ante la instancia judicial hipostasiada por el Estado autoritario no es sino una faceta de la absorción que genera el centro donde confluyen todas las rivalidades de una meritocracia que ha enloquecido y no se ha podido controlar bien (justamente porque se la ha tratado de controlar demasiado). Que los favores de la burocracia centralizada parezcan los beneplácitos de una divinidad secreta, cuya voluntad es casi tan opaca como las acciones de los burócratas que la

componen, significa que precisamente se cree y actúa con la convicción de que es mejor pelearnos todos contra todos en el marco institucional de esa burocracia que bajo ningún marco alguno. El horror es también el miedo a una rivalidad desencadenada al punto de que ya no queden diferencias funcionales para separar a quienes están en competencia (el *degree* que mencionamos más arriba). Dicho de otro modo, se piensa: “mejor una violencia centralizada y contenida que una violencia desordenada y desenfrenada, que ya es imposible contener”. Lo negativo de la aceptación de esta lógica es que con ella viene la tolerancia de las arbitrariedades y opacidades de un poder autoritario que escoge y dirime a discreción, en base a criterios que solo el centro de poder conoce (si es que realmente los conoce, pues en los hechos existe realmente un alto grado de inconciencia, arbitrariedad y automatismo espontáneo improvisado). Ahora bien, resulta interesante estudiar cómo es que una sociedad puede terminar de este modo, con una ley que emana de un principio estatal que se quiere firme e inamovible, y cómo puede existir una versión difusa y ampliada de la emanación de la ley como algo que compete a expertos, sí, pero que deben estar sujetos a modificar las leyes en base a flexibilidades en la jurisprudencia o a una casuística detallada que viene por la acumulación de diferentes situaciones en el pasado. ¿Cómo es posible que ambas formas surjan y se diferencien? ¿Existe la posibilidad de que en ambos casos terminemos con una visión demasiado angustiante de la ley, una presión tan fuerte que solo se puede experimentar como paranoia constante frente al Estado central o frente al prójimo (que en cualquier momento puede usar los medios estatales e institucionales para arruinarnos)?

3. Judicialización de la sociedad e individualismos atomizados

La incorporación de la noción de que uno es un individuo atomizado en el seno de relaciones contractuales modernas y judiciales parece algo que ocurre con cierta inmediatez una vez que se entra en contacto con el mundo moderno estatal. Hacia esto nos conducen las elaboraciones que realiza Henry Oporto (2018, pp. 71-103) sobre la atomización de la tenencia de tierras en el mundo rural y andino. Esta tendencia parece un indicador de que la modernidad llega con la separación ideológica de pertenencia y la necesidad de una nueva adhesión que es la del ciudadano a su Estado nacional. La modernización procedería, entonces, a una separación (lo que en uno de sus sentidos está en el concepto de Zavaleta de *estado de separación*) del fondo ideológico y cultural en el que uno nace, salvo quizás el de la clase económica, y a una búsqueda de nuevas adhesiones en función de la conciencia desarrollada gracias a la educación moderna (y aquí, de nuevo, la pertenencia de clase parece ser redoblada por una toma de conciencia que solo tiene la función de fortalecer la adhesión). La búsqueda de pertenencias, sin embargo, no puede traducirse de forma directa en un corporativismo de clase porque los sectores de una misma clase se dividen de forma diversa y jerárquica. Ser parte de la Central Obrera Boliviana (COB) no es lo mismo que formar parte de CONAMAQ y entre ambos cuerpos institucionales de adscripción voluntaria hay una diferencia jerárquica en función de la relación con el Estado o el gobierno de turno. La pertenencia voluntaria y adhesión con vistas a no quedar en el limbo de la doble alienación primordial (alienación de la cultura de origen y alienación de cualquier comunidad voluntaria) puede darse en un ámbito privado y vinculado con hábitos de consumo y de trabajo (como en la docencia y su obligación a consumir suscripciones de revistas que nos publiquen de vez en cuando). Toda pertenencia se presenta como una alternativa de resistencia frente a un Estado ajeno, pero reproduce formas de filiación

institucional modernas, en el fondo, de tipo estatal y burocráticas. El ejemplo del carácter nacional de los bolivianos que investiga Oporto nos permite concebir un Estado débil, aparente, poco institucionalizado que recibe la ayuda de corporaciones que buscan interactuar con él en el marco constitucional. Pero este corporativismo no es en verdad una naturaleza solidaria ante el enemigo común, es más bien la forma en que los individuos tienen de protegerse de la ley abstracta y demasiado ajena del Estado.

Ahora bien, más acá de toda esa diversidad de posibles adscripciones, lo crucial que hay que notar es que la separación o alienación originaria ya ha sido realizada: por mucho que me diga perteneciente a una cultura, religión o clase, nunca podré decir que mi adscripción es puramente involuntaria; la modernidad parece traer consigo la obligación de una distancia consciente con respecto a nuestra pertenencia.⁵ Por mucho que la separación se experimente en algún momento como crisis, como trauma en torno al cual gira una nueva y posterior simbolización de la subjetividad, esta caída puede ser también el signo de la pérdida de algo que nunca se tuvo y que en verdad es una pérdida de la pérdida, como teoriza Žižek (2002, pp. 145-46). La pertenencia plena nunca se da y, al contrario, toda adscripción involuntaria es vivida con angustia porque impone un lugar simbólico que nunca se puede ocupar de forma completa (Žižek, 2015, pp. 421-28).

⁵ Es cierto que esto debe ser matizado pues las pertenencias originarias e inconscientes son también reales y están como una *performance* constante en nosotros. Pero el contacto global entre diferentes culturas y clases, el roce incesante con otras formas de pertenencia, nos condena parcialmente a desarrollar esa distancia entre la pertenencia y nuestra aceptación consciente. Vale la pena preguntarnos si quedan hoy pertenencias plenamente inconscientes y, de existir, si no somos algo discriminadores por automatismo en contra de ese tipo de pertenencias ciegas o de primer grado.

La angustia que vuelve a aparecer aquí nos remite a la situación en la que el individuo debe pensarse como aislado y solo, ante un mundo potencialmente hostil. De ahí que las ideaciones de demandas o defensas ante acusaciones jurídicas sean comunes, la ley se vuelve un arma y una defensa en contra de un entorno que siempre puede aprovecharse de nosotros y dañarnos. El aislamiento del individuo y su reducción a sus propios recursos acentúa la nostalgia por una pertenencia plena y orgánica a una comunidad, a un mundo que realmente nos proteja, al modo de una familia que nos conoce y no al modo de un anonimato abstracto de miembros de la sociedad civil.

La mayor paradoja de la tendencia moderna a la individualización de las relaciones, por oposición a la colectivización que reproduce las formas mítico-tradicionales, es que se genera una sacralización de la forma vacía de la ley, lo que no hace sino reproducir la forma autoritaria, mítica y colectiva de la obligación. El Estado y su ley abstracta, así como la burocracia y la obsesión del papel membretado, fungen como nuevas entidades divinizadas por sí mismas: ya no estamos en la etapa del mito de la obediencia única al líder carismático o a los ancestros que nos dieron este orden que nos protege; estamos en plena divinización de las funciones institucionales que solo son realmente mediaciones entre las personas. Se puede pensar en el lugar simbólico de la presidencia en Bolivia, para seguir con nuestro ejemplo concreto. El presidencialismo aquí ha sido criticado porque concentra demasiado el poder y es, en el fondo, la reproducción de un orden en casi nada diferente del de una monarquía (García et al., 2007, pp. 96-8). En Bolivia hay efectivamente una historia de líderes que ocupan el puesto simbólico presidencial y absorben sobre sí casi toda la responsabilidad política: alguien dijo que en la historia de este país a veces vale más fijarse en los ismos que surgieron por la individualidad de los presidentes que en los partidos e ideologías.

Pues bien, esta confusión pone el dedo en la llaga de la paradoja que queremos mostrar: el individualismo atomizado se experimenta en la vivencia cotidiana como esta confusión entre la función institucional estructural y la persona que la ocupa. Quizás esto nos permita explicar por qué una persona que asume un rol simbólico y estructural en una jerarquía de mando o en un escalafón institucional se comporta de inmediato como un individuo privilegiado al que se le debe respeto y veneración de forma esencial e intrínseca. Si en Bolivia se puede hablar de odios escalonados y de desprecios inmediatos entre los diferentes niveles de la estratificación social, quizás es porque, siempre que se ocupa un puesto burocrático, se termina creyendo en una suerte de exclusividad del lugar con respecto a quien lo ocupa. Hay, si se quiere, una sustanciación de lo estructural, del lugar en la estructura. La forma en que se adopta y recibe la modernidad institucional del Estado es como una naturalización de la función; como la asunción de la autoridad absoluta que da la legitimidad colectiva al Estado. Es como si dijéramos: si estás en la función pública y en el escalafón institucional, es porque recibes la legitimidad corporativa del grupo entero, del país o la región en la que te desempeñas. Volvemos así a caer en la trampa del corporativismo esencialista de la pertenencia plena; solo que esta vez, esa pertenencia se dice del mero lugar estructural institucional.

Lo que Henry Oporto (2018) hace notar en su crítica a la supuesta personalidad boliviana es precisamente la hipocresía detrás de las cantaletas y obsesiones comunitarias que solo buscan encubrir la verdad del egoísmo, individualismo y atomización de los bolivianos concretos. Con el esquema de análisis planteado anteriormente por medio de Kafka y con algo de ayuda de la teoría mimética, podemos esgrimir una explicación de este comportamiento que puede parecer hipócrita por defender de boca para afuera lo que nunca se pone en práctica en los hechos. En efecto, el ingreso de los individuos a un mundo individualista y moderno genera una sensación terrible de

angustia, inseguridad y soledad que solo el postulado de una pertenencia orgánica a una comunidad puede subsanar y poner a resguardo. Un poco al modo del boliviano que se aferra a sus raíces (sean las que fueran, pero sobre todo las que marcan una supuesta diferencia específica con el resto del mundo, es decir, la folclorización de cierta identidad andina e indígena) una vez que está en el extranjero, la persona que viene del campo también romantizará sus raíces al verse rechazado por los gestos anónimos de la institucionalidad moderna. El repliegue identitario y, por extensión, comunitario no siempre responde a una “auténtica” pertenencia y práctica cultural, sino más bien se da como resultado de una reacción a la modernidad más extrema, es decir, es en el fondo un fenómeno moderno de rechazo a algo que aparece como una amenaza, como una alienación innecesaria e invasiva; es decir, en última instancia, como una traición a las raíces originarias propias.

El lado anverso y perverso de este aislamiento del individuo es la producción creciente de grupos comunitarios basados en la pertenencia identitaria, que ofrecen un refugio positivo en tanto es organizativo y político, pero que suelen reivindicar la pertenencia bajo la modalidad de la víctima. Dicho de otro modo, estos grupos nos habitúan a vernos como víctimas reales o potenciales y a exigir nuestros derechos, lo que nos corresponde, desde una desconfianza y descontento hacia los demás y las instituciones oficiales del Estado central: deseamos demandar a todos los que nos excluyen, discriminan y nos hacen sentir menos. De ahí que no deba sorprender que la sociedad misma se oriente a una cada vez mayor implementación de una justicia penal o retributiva que solo busca satisfacer las veleidades egoístas de individuos ofendidos. La justicia se va transformando de este modo en el ejercicio de una victimización y de un descontento que buscan hacer pagar a los demás, sean quienes sean esos demás, desde grupos vinculados con un poder real hasta fantasmas del pasado a los que se

les reclama algún tipo de compensación. La inversión del esquema desde la victimización del individuo a la culpabilización de la sociedad en su conjunto (lo que incluye las instituciones que representan a la ley y la justicia) genera otros tantos problemas que son subsanados a su vez con nuevas cadenas judiciales que se concentran sobre todo en lo penal. Por doquier las personas buscan escapar de su condición precaria por medio de pertenencias identitarias que pueden proveerles no solo de seguridad existencial, sino también en algunos casos de compensaciones económicas reales, que fungen como redes de rescate frente al abismo del individualismo atomizado.

Si trazamos el panorama que estamos tratando de describir, tendríamos la siguiente figuración: por un lado, una nostalgia suprema de pertenecer a comunidades orgánicas que nos garanticen un mínimo de seguridad ante el anonimato depresivo que rige lo moderno. Por otro lado, el aprovechamiento de las ventajas que da ese anonimato moderno y su atomización institucional por medio de acciones legales que pongan en el centro de todo a un individuo que siempre puede presentarse como víctima. Por último, se trata de un regreso al mundo de la pertenencia comunitaria con vistas a deteriorar las instituciones que son percibidas como amenazantes desde la perspectiva del individuo y que representan el lado oscuro del Estado. En este punto hay que recordar algunas ideas de René Girard (1986, pp. 90-107) sobre la ambivalencia de lo sagrado, de la violencia que debe autotranscenderse y contenerse, limitarse, controlarse a sí misma para generar un orden siempre precario y peligroso. Es el orden primario de lo religioso, la prohibición y la virtud, el bien y el mal sustancializados en maniqueísmos. La violencia estatal no solo es malvada y persecutoria, no solo busca reprimir y anular a la sociedad civil compuesta de individuos aislados y sin pertenencias; la violencia estatal, como toda violencia sagrada, es ambivalente y presenta también un lado amable. Se trata de las garantías institucionales que, desde la legalidad estatal, protegen a los individuos y a sus grupos de

pertenencia con ciertas garantías mínimas y que hay que defender ante los embates autoritarios de ayer y hoy. El Estado moderno, sobre todo en sus versiones socialdemócratas y socialistas, es un protector, un padre. Si el Estado de derecho es tan ambivalente es justamente porque parece representar un anonimato absoluto que no responde a los individuos ni a los grupos y que solo considera las leyes, la constitución y las instituciones; pero al mismo tiempo representa lo que puede preservar los derechos adquiridos por la sociedad civil, sus organizaciones sociales, los individuos que las componen y quienes pertenecerán a ellas en el futuro. Sin esa garantía de seguridad, sin esas facultades de conservación y preservación propias del Estado de derecho y sus instituciones, las formas autoritarias podrían regresar con una venganza de la forma más terrible.

La ambivalencia de la ley, del Estado, entonces, conserva toda su carga sagrada a pesar de actuar en contextos que supuestamente han sido secularizados a plenitud. No sorprende, en este preciso sentido, que el otro diagnóstico del carácter nacional de la sociedad boliviana que hace Henry Oporto (2018, pp. 109-18) sea el de un paternalismo excesivo del Estado, lo que en términos socioeconómicos significaría el fenómeno del patrimonialismo: la certeza de que el Estado nos pertenece, que nos debe mantener, ofrecernos seguridad, protección, empleo y además ser un patrimonio que podemos heredar o transferir a nuestras familias. La corrupción, por lo tanto, iría de la mano de este individualismo que se viste hipócritamente de comunitarismo, pero que solo busca la protección de un Estado paternal sin responsabilidades que vayan más allá del círculo familiar inmediato y ampliado. Esto da la razón a los teóricos de la dependencia y a los nacionalistas de izquierda que insistían en la imposibilidad de tener una burguesía propiamente nacional por ser un país dependiente: la elite dominante siempre estaría con una mirada puesta en lo europeo o norteamericano, con el objetivo de complacer a toda costa la conminación de ser como

los modernos y ricos del Norte, sin que importe mucho que la gente al interior del país esté en una situación desgraciada e intolerable. Los mecanismos concretos por los que se reproducen estas aspiraciones siempre aparecen como hipócritas porque están aparentemente encubiertas por fervores patrióticos y comunitarios que terminan no siendo sino el barniz de buena conciencia por encima de un individualismo moderno que se avergüenza de sí.

Esta trampa que nos pone en un doble vínculo constante entre nuestro individualismo práctico y la búsqueda de una adscripción comunitaria o una pertenencia ampliada, que encubra la primera tendencia, no necesariamente tiene una salida por uno de esos dos polos. No porque pongamos más códigos y leyes en nuestra vida para regular las interacciones individualistas vamos a vivir mejor; pero tampoco, por adscribirnos a grupos victimizados que buscan reclamar sus derechos, tendremos una mayor orientación hacia una salida del individualismo atomizado. Queda ver las diferencias más patentes entre los mundos que llevan ya un buen tiempo en el ámbito de la modernidad y otros que no han tenido el mismo recorrido (como en el caso de Latinoamérica que no tuvo, propiamente hablando, un fenómeno extremo de violencia dentro de cierta igualdad como el de las guerras religiosas europeas que fundaron una determinada orientación hacia los consensos traslapados). Efectivamente, el proceso de homogeneización desde arriba, por el Estado y su construcción unificada, no se dio de manera equivalente en los diferentes continentes, pues en unos se daba en el margen de una igualdad relativa en el seno de una misma religión (el cristianismo en sentido amplio), mientras que en los otros casos puso al cristianismo, igual en un sentido amplio, en contra de religiosidades diferentes, lo que justificaba una visión de exterminio y guerra de invasión con aspiraciones a hacer desaparecer las otras manifestaciones religiosas y culturales. El Estado en esas condiciones no se volvía el lugar de una negociación para consensos, sino más bien el núcleo de expansión de una religión y una

cultura que veían al otro como una amenaza y no necesariamente como un factor de inclusión en la negociación (aunque tampoco hay que exagerar el factor de exclusión violenta aquí, pues sabemos de religiones y culturas que sí fueron excluidos radicalmente, por la guerra y la violencia, de cualquier mesa de negociación, como en las campañas bélicas argentinas o chilenas contra indígenas que no habían pasado realmente por una sumisión estatal, como sí era el caso de los grupos andinos).

De todas formas, las diferencias prevalecen y nuestras investigaciones históricas sobre el fracaso del desarrollo estatal y de su supuesto acompañante, el Estado de derecho, deben orientarse a cuestiones que no se queden en la observación de generalidades. No basta con proponer que el obstáculo radique justamente en la forma misma del Estado de derecho (Tapia, 2011), ni asumir que la preservación de las diferencias culturales son la panacea de todo mal en el desarrollo imparable del capitalismo tardío; es necesario deshacernos de los mitos que expulsan todo el mal del lado del capitalismo global y lo colonial y de los mitos que enaltecen una pureza que permanece intacta en las resistencias culturales o minoritarias de las víctimas de ese sistema. Ambos mitos son uno solo en sus dos caras, la de lo abyecto y la de lo pleno, del bien puro y la del mal puro.⁶ El problema es que estas categorías no dejan de ser morales y, en ese sentido, religiosas; habría que poder abordar estos problemas sociológicos desde perspectivas científicas que no se permitan el lujo de darse respuestas así. No hay buenos ni malvados en el ámbito de la institucionalidad estatal o en el ámbito de la autoorganización de las bases sociales; tanto sociedad civil como aparato estatal deben vérselas en el terreno de lo amoral, del

⁶ Para una comprensión más precisa de lo que entendemos por esta duplicidad de un mismo mecanismo de cerrazón en un sistema de significaciones, se pueden revisar las elaboraciones de Luis Claros (2022, pp. 41-8) al respecto, aunque en un contexto más orientado a comprender las lógicas de la identidad.

pragmatismo y la eficiencia. Además, ¿cómo se podría juzgar, desde qué trascendencia, a los procesos que pertenecen al funcionamiento social y que no tienen propiamente un afuera que los sobrevuele con legitimidad? ¿Se puede conservar una perspectiva inmanente de los procesos sociales y estatales sin caer en un dejar hacer cínico o en un darse por vencido nihilista?

En lo que sigue, nos daremos a ciertas especulaciones sobre estas cuestiones, siempre con la vista fija en la figura de un orden mundial contemporáneo abocado a un supuesto y aparente hedonismo cínico que solo esconde un deseo de límites y control (Guillebaud, 1998). Este era nuestro segundo ejemplo, el de las naciones avanzadas como Francia y USA que han visto recientemente una proliferación de medidas penales. Este horizonte da la pauta de una situación en la que no hay muchas alternativas ni salidas pues siempre terminamos cayendo en uno de los polos extremos y olvidamos que solo se trata de una ilusión de plenitud (un individualismo sin relación alguna con el Estado y la ley y un corporativismo de protección plena por la pertenencia de fusión con el grupo). De forma similar a cómo, en la teoría mimética, el sujeto que se da cuenta de su condición de víctima tiende a apresurarse en su transformación en un verdugo, así también, tan pronto salimos de la insatisfacción con la liberalidad individualista tendemos a proyectar plenitudes inexistentes en el polo de lo comunitario y de la fusión con el grupo. Y esto no deja de ocurrir en la inversa: apenas nos vemos inmersos en las complicaciones y problemas de una vida abocada a los demás y al grupo en lugar del individuo, el césped aparece mucho más verde en el mundo de los placeres desenfrenados que ofrece el hedonismo del individualismo atomizado. Comprendemos, entonces, el doble riesgo en el que estamos cuando reflexionamos y proponemos modificaciones al mundo de las leyes que emanan del Estado moderno: no podemos ni imaginar un mundo en el que cada individuo represente una omnipotencia jurídica por sí solo ni uno en el que ya no requiera de

mediaciones estatales e institucionales porque pertenece plenamente, orgánicamente, a una comunidad o grupo que lo protege de todo mal.

4. Potenciales salidas a la judicialización excesiva y a su defecto/carencia radical corporativo/a

Ahora bien, si hasta aquí la judicialización se ha mostrado como una amenaza ambivalente que puede ejercer un rol protector también, debemos mirar del lado de un defecto creciente de esa omnipresencia de la ley y lo judicial en sociedades donde rigen formas no plenamente institucionalizadas de interacción corporativa. A diferencia de sociedades donde la judicialización parece multiplicarse en infinidad de casos contingentes y particulares –una casuística de nunca acabar–, en las sociedades donde rige un centro lejano y constitucional fijo y estancado, el manejo de la ley y la administración de justicia parecen difuminarse en formas tradicionales de autoridad, con sus líderes carismáticos y sus opacidades autoritarias incluidas. Intentemos primero comprender las razones por las que esto ocurre por medio de las teorías avanzadas hasta aquí. Si el centro de la ley se fortalece y aparece como inamovible y sagrado para quienes dependen de él, es de esperar que una jerarquía rígida de autoridades vinculadas a ese centro también surja. En parte, las luchas de Deleuze y Guattari (1978) a la hora de leer a Kafka pasaban por ese compromiso en contra de toda trascendencia o fundamento que se fije de una vez para siempre y no deje de reproducir o rivalidades duales biunívocas o triángulos jerárquicos con resentimientos edípicos. La lucha contra la burocracia era, en este sentido, un esfuerzo por eludir esas dos formas en que hay una fijación de los estamentos en función de la trascendencia de la ley.

En un texto escrito sin la colaboración de Guattari, Deleuze (1993, pp. 158-69) afirma justamente que Kafka, junto con Nietzsche, D. H. Lawrence y Artaud, forma parte de una tradición subterránea que lucha

contra toda filosofía basada en el juicio, en la comparación de un criterio abstracto supremo en base a predicaciones que corresponden o no a una situación realmente existente. El juicio, por oposición al combate, no deja de asentar los sentidos y el orden jerárquico que rige las relaciones a todo nivel. Dicho de otro modo, hay cierta tendencia a imaginar el mundo como sujeto a trascendencias si nos lo imaginamos como una correspondencia constante entre enunciados y materia, es decir, como algo que puede ser siempre comprobado en una mente trascendente que ya posee de una vez por todas la totalidad de los hechos. Ahora bien, acabar con las instancias de juicio parecería conducir necesariamente a una imposible convivencia donde ninguna autoridad tuviera la razón y pudiera ser cuestionada, lo que significaría que, al modo de esos congresos ultrademocráticos de organizaciones de base, cada participante en la toma de decisiones podría objetar tanto los fundamentos de las reglas de decisión como la decisión final que tome la autoridad por cualquier razón. Anular esa orientación del funcionamiento humano sería arriesgado, pero también sería el cambio más radical de todos. Deleuze no es ingenuo y advierte las consecuencias de anular incluso en epistemología la lógica del juicio; sin embargo, su apuesta política y existencial parece orientarse hacia ese lado de la situación: combatir las formaciones molares, los poderes constituidos, las institucionalizaciones reificadas, los rituales sagrados que nos capturan en hábitos autoritarios.

¿Cómo podemos imaginar, entonces, una salida que eluda tanto el autoritarismo del constitucionalismo fundacional como sus patologías de un corporativismo más autoritario y poco institucionalizado y las judicializaciones excesivas de todas las interacciones individuales de las sociedades más modernizadas? ¿En qué consiste una situación en la que no nos encontremos o de un lado o del otro? ¿En qué medida parece ser una condición de la vida social democrática esta orientación doble que va de un lado en contra de la filiación verticalista a la pertenencia y añora también una seguridad plena en lo judicial y penal

desde la protección que otorga la institucionalidad estatal? ¿Podemos aceptar una organización estatal que imponga la ley y al mismo tiempo no temer una invasión totalitaria, autoritaria en nuestra vida cotidiana, incluso cuando esa invasión judicial y penal es democrática y defensora de antiguas víctimas?

La gran paradoja de nuestras sociedades contemporáneas, sobre todo aquellas con una modernización “exitosa”, es decir, aquellas que se plantean como modelos de lo que es una modernidad alcanzada, es que los individuos están aislados y deben competir con los demás, deben mostrarse inclementes en la lucha por ser los mejores meritocráticamente y al mismo tiempo, en caso de no lograrlo, pueden encontrar una compensación en el refugio victimario. De ahí que todo sea una excusa para demandar a los demás o a las instituciones que se creen que no han valorado nuestros méritos y nos han excluido por razones discriminatorias sobre nuestros rasgos de víctimas (reales o potenciales). A esto hay que agregar la complicación de los programas de retribución histórica de sectores anteriormente desfavorecidos por causas injustas y arbitrarias, como en el fenómeno de la acción afirmativa en todas sus variantes imaginables. Sobre esto, Jean-Claude Guillebaud (1998) ya nos advertía en su crítica a la revolución y liberación sexuales: la configuración de los tabús y de las prohibiciones modificaba a su vez la configuración de los derechos, la ley y lo que concebimos como pena, exclusión y castigo. El que se iniciara como periodista de guerra nos explica cómo la cuestión penal está cada vez más presente en sociedades como la francesa, en la que la defensa desde el Estado puede todavía mejorar en su faceta de protección individual al nivel de las ofensas que uno puede recibir en los espacios compartidos y públicos.

La fe moderna en la institucionalidad estatal viene de la mano de la certeza de ser parte del progreso y la civilización. Sin embargo, esa certeza también es acompañada por la constante incógnita por la

cuestión de la vida buena: ¿será que, realmente, por ser tan técnicamente modernos y por gozar de un bienestar de salud y otros ámbitos, estamos teniendo vidas plenas? La modernidad parece decirnos que la mayoría de la gente en el mundo cree que no. Mucha gente percibe esta pertenencia a un mundo que ha acabado con las formas de comunitarismo orgánico, al modo de los imaginarios de sociedades arcaicas y premodernas, como una forma de vida infeliz, solitaria, aislada, atomizada, sin verdaderas recompensas afectivas a nivel de la interacción subjetiva. La proyección de una plenitud en las comunidades rurales todavía existentes y en los grupos altamente religiosos de practicantes suele solapar y obviar las coerciones sociales y psicológicas de los códigos no escritos e implícitos que rigen en estos grupos. Obviamente, una buena parte de las personas que todavía gozan de ese tipo de pertenencia no se hacen mayor problema con los hábitos, las costumbres, las tradiciones y los modales que han heredado y que constituyen parte de su deseo (en la medida en que ejecutar y alinearse con esas costumbres y esos hábitos generan prestigio y reconocimiento simbólico); además, las personas que más se exponen a los sentimientos negativos de la ausencia de una red social de pertenencia como salvaguarda de la propia vida son precisamente las personas más susceptibles de creer con fervor en esas u otras formas de pertenencia premoderna y religiosa (como en el caso del pentecostalismo en sus variantes más sectarias y de negocio piramidal). Ahora bien, una vez que ingresamos al modo alternativo de vida que creemos percibir en las otredades rurales o culturales, terminamos también del bando acusador que quisiera deshacerse de y sacrificar todo lo que la modernidad significa. Reproducimos, en otras palabras, el mismo gesto que nos parece que la modernidad tiene con respecto de los grupos orgánicos y las comunidades de cuño tradicional que todavía parecen radicar en las exterioridades de lo moderno. La supuesta superioridad moral que nos otorga la adhesión a una causa justa, como es la defensa de los grupos víctimas del racismo histórico

de Bolivia, hace que terminemos en la función de verdugos inocentes, cuando también somos parte del sistema que reproduce estas patologías sociales.

La salida de esta situación siempre ambivalente es complicadísima no solo en el ámbito del derecho y las leyes que generan una constante exposición en ambos polos, sino también en la existencia misma de quienes adoptan una religión o una filosofía de vida que no siempre esté en línea con la rivalidad meritocrática del liberalismo hegemónico y en función del contexto de país altamente modernizado o país que arrastra todavía crisis no resueltas en su institucionalización. Este problema ha sido señalado por James Alison (2001) desde el ámbito de la teología y la pertenencia al colectivo LGBTQ+, pero se puede aplicar a esta constitución individualista de la ley y el derecho: la fe más allá del descontento y la desconfianza significa también una vida que no permanezca y habite en el odio a aquello que parece ser la causa de la corrupción de la ley, la justicia y los valores tradicionales (es decir, la causa de los males que nos aquejan). Se debería poder ir más allá de la simple culpabilización del Estado y del prójimo como víctima que puede ser representada por el Estado y su ley; se debería poder ir más allá del miedo y descontento a las instituciones que representan históricamente las formas de exclusión y explotación colonial y capitalista, pues igual no dejan de ser instituciones que utilizamos, que nos protegen y que en algunos pocos casos velan por el bienestar de los menos, es decir, de los que reciben la peor parte de cómo funciona todo el sistema global. Sin embargo, esto resulta sumamente difícil y sin duda por cosas como estas uno termina en la corte demandando a la persona con la que pasó buenos años de su vida y usando las reglas del Estado para dirimir una cuestión íntima, individual, familiar, de pertenencia atomizada. Los medios de comunicación seguramente terminarán de vincular estas cuestiones con lo público, pues ante esa mirada de la turba, del tumulto, de la masa, de las mayorías o minorías,

nosotros también buscaremos presentarnos con el disfraz de víctimas y así explotar también nuestra pertenencia familiar, corporativa, de género, origen, procedencia, ascendencia o lo que nuestro Estado haya institucionalizado en su ley o acepte como formación grupal con derecho a una mediación en el Estado.

5. Conclusiones

Como hemos visto, la novelística de Kafka ponía en escena de forma alarmante esa tensión entre una individualidad libre y la angustia generada por la judicialización de la sociedad por medio de una burocratización e institucionalización excesiva centrada en la omnipresencia del Estado. Luego, analizamos cómo ese fenómeno podría tener que ver más que nada con una institucionalización fallida de las protecciones estatales y que, en el marco de una correcta liberalización de las relaciones, esta situación podría ser evitada, pero al precio de judicializar las interacciones en todo nivel, haciendo que los individuos mismos sean potenciales enemigos jurídicos (pues de inmediato nos aferramos a las oportunidades de protección política que ofrece el mismo Estado al individuo). Finalmente, tratamos de ver si había una salida a este impasse moderno que parecería ser la causa de una mitificación de las supuestas relaciones orgánicas de sociedades que todavía no han modernizado sus interacciones porque habitan un mundo supuestamente comunitario.

El imaginario de Kafka no queda lejos de un horror que se traduce en la multiplicación proliferante de las oficinas y de las necesidades de fugas (por una obsesión burocrática paranoide). El Estado se presenta como la estructuración de un ascenso y la de un descenso que se incorpora en la subjetividad como una segmentación por bloques que hay que pensar como aceleración incontrolable e incontrolada. Esta lectura, fundamentalmente guiada por las ideas de Deleuze y Guattari

al respecto, otorga un valor supremo a la fuga del poder y a la anarquía, sobre todo a una noción como la de *política minoritaria*. Hay quienes no estarían muy de acuerdo con esta lectura de Kafka (Casanova, 2008), pero no ingresamos ahora en eso. Lo importante es ver en las novelas que referimos una construcción alucinante del poder estatal como burocracia enloquecida y las tendencias a la burocracia en el Estado a volverse un atolladero jerárquico delirante y sin solución. La fuga individualista parece una salida a esta orientación autoritaria y colectiva de lo humano; los artistas nos vienen enseñando eso en los últimos siglos: solo la singularidad de una fuga constante de las tendencias masivas y mayoritarias puede ser un criterio de idolatría y admiración cuando se interioriza la individualidad como víctima ante una masa injusta y persecutoria (Nayrolles, 2019, 2020). Esto se debe a que la historia en general nos ha demostrado las formas de corrupción en los mandatos colectivos de representación y en las religiones, cosa que desemboca necesariamente en un rechazo a las formas de pertenencia tan pronto como muestran su lado coercitivo y autoritario. La hegemonía cristiana y de los monoteísmos proféticos ha hecho que tengamos un cierto hábito a concebir a la víctima individual como sola ante la persecución de las grandes mayorías. La recurrencia constante a la expresión “chivo expiatorio” en nuestras sociedades modernas debería ser una evidencia preocupante de ese proceso: constantemente vemos acusaciones de persecución, de enjuiciamiento de inocentes y estas historias no dejan de fascinar a la mente seguidora de los medios de masa (tanto Trump como Putin son “chivos expiatorios” del orden mundial según muchas narrativas, como lo son Obama y Soros de las teorías de conspiración antiliberales; si los terraplanistas se defienden aludiendo a una conspiración histórica masiva es porque se tienen por víctimas inocentes del orden mundial vigente).

La situación concreta en Bolivia nos invita a reflexionar sobre el estatus corporativo de la protección en el Estado y frente al Estado que

rige al menos en los tratos aparentes. La organización estatista de la legislación y la economía bolivianas hace pensar en un estatismo que anula al individuo y que le invita más bien a organizarse políticamente en alguna forma de corporación o grupo de pertenencia que le dé un estatuto mínimo de protección o de mediación con un Estado que maneja y posee el excedente de los recursos naturales (incluso si cabe siempre la posibilidad de que el excedente sea nulo porque no hay quien lo produzca de forma moderna). La historia que ha promovido la pertenencia sindical como resistencia al excesivo elitismo gubernamental y colonial también ha producido una irradiación a la hora de ejercer presión sobre un Estado bastante ausente. Ahora bien, puede que en los hechos, el modelo estatal no sea necesariamente el mismo que se rige en términos económicos concretos, pero la experiencia del boliviano con respecto a su Estado responde todavía o a elites económicas o a elites políticas y esto se puede percibir en el modo en que la justicia se maneja hoy, en 2023. La tensión entre los arrestos y persecuciones de la elite política en contra de gente de la elite económica no deja de poner obstáculos sobre la definición exacta por la que se decide una institución que debería ser independiente de toda influencia externa, pero que nunca lo fue en la historia del país, principalmente por razones coloniales de exclusión socioeconómica. Lo que sí no queda claro es que una nueva elite política que instrumentaliza el poder judicial sea la solución de los problemas de injusticia en el país; solo parece reproducir un mismo *modus operandi* y *habitus* en el sector judicial, habituado ya a los cambios en el poder y a ningún cambio ni en sus costumbres de corrupción ni en el nivel de vida que esperan tener por el desempeño en sus cargos.

Ahora bien, como vimos, esta faceta desagradable del otro lado del individualismo atomizado de las sociedades altamente judicializadas solo se revela en casos en que se pone realmente en práctica, pues mientras no se dé ese paso, la proyección de plenitud en ese mundo “otro” seguirá siendo tan eficiente y atractiva como antes y siempre.

Alcanzar el grado de judicialización de las sociedades ricas involucra una primera separación ya casi inexistente, que por lo menos se experimenta como alienación del núcleo familiar, pero que tampoco supone una tragedia; sin embargo, el mero hecho de que exista esa separación se constituye en condición de posibilidad de la proyección de plenitud en la otredad. Como bien vieron Deleuze y Guattari (1972), la familia y su triangulación edípica como principio de sentido y significación han reemplazado cualquier otra forma de codificación y territorialización, manteniéndose como una especie de último lugar de refugio ante la desterritorialización absoluta que supone la pura circulación de flujos en el capitalismo tardío. Desde la teoría mimética, en este sentido, sabemos que lo religioso no dejará de acompañar las formas de organizarse de los seres humanos y esto hace que el mal funcionamiento de los individualismos atomizados de la institucionalidad moderna terminará orientándose a formas de religiosidad o a una nueva religiosidad del Estado. Desde Bolivia, en cambio, la ausencia estatal hace pensar en las funciones de protección y seguridad que otorgan las organizaciones de base y de la sociedad civil. Si hasta el aparato judicial se vuelve una amenaza por la arbitrariedad de su obediencia a los poderes político-económicos, no habría cómo esperar no ver resurgir por doquier formas de comunidad orgánica, o al menos de comunidad moderna, con lazos de solidaridad que remedan viejas formas religiosas sin nunca alcanzar ni su eficiencia, ni su seguridad (frente al Estado, frente al prójimo, frente a la modernidad), ni su obligatoriedad en el ritual. La eficacia interrumpida o malograda de estas instituciones forjadas en la base de la sociedad, en la sección civil, expone a sus miembros al aislamiento, al fundamentalismo, a ideas que no son científicas y que, en muchos casos, se aprovechan de su inocencia y su deseo de pertenencia a un espacio de solidaridad más orgánico que el otorgado por el trabajo.

En última instancia, lo que tratamos de problematizar en este artículo fue la paradójica situación a la que nos expone la individualización igualitaria moderna en sus consecuencias más atomizadoras. Las personas se encuentran aisladas y gozan de una igualdad que las expone a rivalidades, competencias y, a fin de cuentas, violencias simbólicas y físicas. La situación es paradójica porque implica una valoración de la individualidad atomizada, pero al mismo tiempo hace de esa posición de partida la más débil y precaria, la más expuesta a los embates de la rivalidad y la violencia. De ahí que el Estado también aparezca como garante de ese aislamiento y promotor o incitador de buscar en la sociedad civil formas de solidaridad que protejan a los individuos de esa exposición excesiva. Aunque los corporativismos no ocurran necesariamente en el seno del Estado, en el caso boliviano, el ideal parece ser siempre el ser parte de una corporación de poder y, al mismo tiempo, gozar de la aquiescencia del Estado y de su protección. En cambio, en países como EUA y Francia, la individualización extrema no siempre se decanta en nuevas pertenencias, pero tiende a reivindicar pertenencias previas (de cultura, origen, clase social o género) para reivindicar ante el Estado la necesidad de mayores protecciones legales. La judicialización y penalización de acciones que se dan en la interacción íntima, casi a nivel de la alcoba, son consecuencias de ese mismo movimiento modernizador que expone al individuo a una igualdad absoluta ante la ley del Estado. Nos preguntamos, en este sentido, si los procesos observados aquí se detendrán en las sociedades ricas y se desarrollarán todavía más a nivel institucional en las sociedades empobrecidas o si, al contrario, las orientaciones generales de la modernidad judicial y la relación de sociedad civil y Estado cambiarán de forma que no podemos imaginar plenamente ahora.

6. Referencias

- Alison, J. (2001). *Faith Beyond Resentment: Fragments Catholic and Gay*. New York: The Crossroads Publishing Company.
- Bourdin, J.-M. (2023, 31 de enero). Terminus Malaussene, dixit Pennac. *L'émissaire*: <https://emissaire.blog/2023/01/31/terminus-malaussene-dixit-pennac/>
- Casanova, P. (2008). *La République mondiale des lettres*. Paris: Seuil.
- Claros, L. (2022). *Lógicas de la identidad y la historia*. La Paz, Bolivia: Plural/CIDES-UMSA.
- Deleuze, G. (1972). *L'AntiOedipe*. Paris: Minuit.
- Deleuze, G. (1993). *Critique et clinique*. Paris: Minuit.
- Deleuze, G. (septiembre 1995). L'immanence: une vie... . *Philosophie* (47), 3-7.
- Deleuze, G. & Guattari, F. (1978). *Kafka. Por una literatura menor*. México D.F: Era.
- Dumouchel, P. (Spring 1995). "Hobbes and Secularization: Christianity and the Political Problem of Religion". *Contagion: Journal of Violence, Mimesis, and Culture*, 2, 39-56.
- Dupuy, J.-P. (2013). *The Mark of the Sacred*. East Lansing, Michigan: Michigan State University Press.
- García, A., Tapia, L. & Prada, R. (2007). *La transformación pluralista del Estado*. La Paz: Muela del diablo.
- Girard, R. (1986). *El chivo expiatorio*. Barcelona: Anagrama.
- Girard, R. (1990). *Shakespeare. Les feux de l'envie*. Paris: Grasset.
- Girard, R. (1995). *La violencia y lo sagrado*. Barcelona: Anagrama.

- Girard, R. (2014). *When These Things Begin: Conversations with Michel Treguer*. East Lansing, MI, USA: Michigan State University Press.
- Guillebaud, J.-C. (1998). *La tyrannie du plaisir*. Paris: Seuil.
- Kafka, F. (1976). *El castillo*. Madrid: Alianza.
- Kafka, F. (2013). *El proceso*. Madrid: Alianza.
- Levrero, M. (2008). *Ciudad*. Barcelona: Debolsillo.
- Levrero, M. (2010). *El lugar*. Barcelona: Debolsillo.
- Nayrolles, J. (2019). *Du sacrificiel dans l'art*. Paris: Kimé.
- Nayrolles, J. (2020). *Le sacrifice imaginaire: essai sur la religion de l'art chez les Modernes*. Paris: Kimé.
- Oporto, H. (2018). *¿Cómo somos? Ensayo sobre el carácter nacional de los bolivianos*. La Paz: Plural.
- Tapia, L. (2011). *El Estado de derecho como tiranía*. La Paz: CIDES-UMSA.
- Tocqueville, A. de. (2012). *La democracia en América*. México D.F.: FCE.
- Tucker, R. C. (Ed.) (1978). *The Marx-Engels Reader*. New York/London: W. W. Norton & Company.
- Žižek, S. (2002). *Mirando al sesgo Una introducción a Jacques Lacan a través de la cultura popular*. Buenos Aires: Paidós.
- Žižek, S. (2015). *Menos que nada. Hegel y la sombra del materialismo dialéctico*. Madrid: Akal.

Página dejada intencionalmente en blanco

Inoculación forzosa: ¿Una vía constitucional o inconstitucional para bregar contra el Covid-19 y futuras pandemias o epidemias?

Forced Inoculation: ¿A Constitutional or Unconstitutional Way to Fight Covid-19 and Future Pandemics or Epidemics?

RODRIGO RENÉ CRUZ APAZA *

Recibido: 14 de febrero de 2023

Aceptado: 22 de marzo de 2023

Resumen

El Covid-19 ha sido la enfermedad que puso a prueba una multiplicidad de sistemas a nivel global: salud, económicos y jurídicos. Para afrontar sus embates los Estados tuvieron que dictar Estados de Excepción que conllevaron restricciones para los derechos fundamentales de todos sus habitantes. Una de las medidas, quizás la más invasiva, fue la obligatoriedad de la vacunación, que generó (y genera) tensión y cisma en diversas sociedades; por tanto, puesto que la pandemia que nos

* Abogado y Maestrando en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Mayor de San Simón, investigador independiente en materia Constitucional y Procesal Constitucional, autor de libros y artículos publicados en la Revista de Derecho de la Escuela de Abogados del Estado, Revista Jurídica de la Escuela de Jueces del Estado, Revista Con-Sciencias Sociales, Revista de Derecho de la UCB – UCB *Law Review*, Revista LP Derecho (Perú) y Revista de Derecho Justicia (s) (Ecuador), y miembro de la Asociación peruana IUXTA-LEGEM.

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1043-5932>

Contacto: rodriggercruz@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – UCB *Law Review*, Vol. 7 N° 12, abril 2023, pp. 53-115 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.20231284>

agobia desde 2019 no es la primera ni será la última, resulta menester cavilar sobre la viabilidad constitucional de la inoculación forzosa.

Palabras clave: inoculación forzosa / Covid-19 / Inconstitucional.

Abstract

Covid-19 has been the disease that tested a multiplicity of systems at the global level: health, economic and legal. To face its onslaught, the states had to dictate States of Exception, entailing restrictions for the fundamental rights of all their inhabitants. One of the measures, perhaps the most invasive, was the compulsory vaccination, which generated (and generates) tension and schism in various societies. Therefore, since the pandemic that has overwhelmed us since 2019 is not the first and will not be the last, it is necessary to reflect on the constitutional feasibility of forced inoculation.

Keywords: forced inoculation / Covid-19 / Unconstitucional.

1. Introducción

En diciembre de 2019 China reportó a la Organización Mundial de la Salud (a partir de ahora OMS) la presencia de una neumonía en Wuhan de origen desconocido; posteriormente el gobierno chino manifestó que se trataba de una nueva cepa de coronavirus: el ahora denominado Covid-19, que se ramificó y sumergió al mundo en una pandemia sin precedentes.

Algunas autoridades gubernamentales de los diversos continentes no actuaron con premura en lo que respecta a dictar el Estado de Excepción, hecho que redundó en el sufrimiento de su población.

Una vez implementadas las políticas de bioseguridad una pluralidad de derechos fue restringida: el uso obligatorio de barbijo y portación de sustancias sanitizadoras, no aglomeración y horarios de circulación

peatonal y vehicular, fueron las primeras medidas restrictivas de la libertad y otros derechos; no obstante, no fueron las más severas.

Después de una ardua carrera farmacéutica se presentaron al público las primeras vacunas para poder paliar los efectos del Covid-19; fue entonces que algunos gobiernos determinaron la inoculación forzosa respaldada por un bombardeo mediático.

Bolivia no fue la excepción a esta situación. Se emitieron una serie de normas que forzaban a que los ciudadanos y sus familias procurasen estar vacunados; pero ¿es esta intromisión estatal en la persona permisible constitucionalmente?

Actualmente (noviembre de 2022) el número de casos positivos y decesos ha menguado y hemos ingresado a una fase de posconfinamiento y vigilancia comunitaria; no obstante, juzgo que la interrogante planteada no ha perdido pertinencia por dos razones: primero, a causa de un posible rebrote algunos gobiernos se verán tentados a disponer esta medida; y segundo, porque el Covid-19 no es la primera pandemia ni será la última en ser avistada, motivo por el que los argumentos que se expongan podrán ser extrapolables en la posteridad.

2. Objetivos y metodología

El propósito del presente trabajo es cavilar y ofrecer razones jurídicas para evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la vacunación obligatoria. El tipo de investigación que se prefirió para abordar este fenómeno es acentuadamente teórico, con un enfoque tridimensional (Reale, 1997, pp. 69-78), primando en ella el factor normativo.

3. Descripción situacional genérica

La humanidad ha bregado con diversas enfermedades mortales durante toda su historia, recuérdese la Peste de Justiniano, la Peste Negra, la Viruela, la Gripe Española, la Gripe Asiática, la Gripe de Hong Kong, y el VIH (Huguet, 2021). El siglo XXI no fue ajeno a esta tradición, el 31 de diciembre de 2019 el Estado chino reportó a la OMS la existencia de una neumonía de venero ignoto en Wuhan, que por tratarse de una nueva cepa de coronavirus sería bautizada como Covid-19.

Sobre esta enfermedad hubo una miríada de especulaciones (arma biológica estatal, un instrumento de las élites, etc.), e inculpaciones internacionales (China fue la culpable, la OMS actuó a destiempo y con contradicciones, etc.); sean los motivos que fueren, el virus se esparció por todos los continentes provocando un “Estado de excepción global”, bajo su modalidad de Emergencia sanitaria, sin precedentes en la historia.

La respuesta de los gobiernos fue dispareja, mientras algunos Estados obraron con prontitud al momento de contener el virus (Israel y China), otros lamentaron su incompetencia (Bolivia y Ecuador). V. gr., un reportaje de France24 el 8 de julio de 2020 en Cochabamba señaló que “las escenas de cuerpos forrados con plástico negro frente a casas o ataúdes abandonados en las calles se convirtieron en las últimas semanas en una penosa cotidianidad para los habitantes de Cochabamba, en el centro de Bolivia” (2020); en Guayaquil, ante el colapso del sistema sanitario la alcaldesa Cynthia Viteri manifestó en una entrevista que “no había y no hay espacio ni para vivos ni para muertos” (France24, 2020).

Un breve repaso a la situación enfrentada por diversos Estados iberoamericanos en el 2020 nos exhibe que el Covid-19, “el virus que paralizó al mundo”, hizo estragos en sus ya deteriorados sistemas de salud. Irónicamente no fueron los únicos, ya que incluso los llamados Estados primermundistas tuvieron contratiempos; así quedó constatado

en septiembre de 2020 con el colapso hospitalario de Los Ángeles (sur de California-Estados Unidos) (France24, 2020).

La crítica sin embargo no solo debe ser focalizada a los Estados como unidades aisladas, sino también como miembros de la Organización de las Naciones Unidas. Lo que pudo ser una oportunidad para que las potencias hermanaran esfuerzos para hallar una vacuna efectiva contra el Covid-19 se transformó en una competencia, una soberbia carrera farmacéutica. ¿Cuál fue el resultado?, que la humanidad cuente a la fecha con una amalgama de posibilidades de inoculación, la OMS (al 16 de noviembre de 2022) tiene registrada las siguientes vacunas bajo el concepto de “uso en emergencia” (Organización Mundial de la Salud [OMS], 2022):

- BNT162b2 de Pfizer-BioNTech, 31 de diciembre de 2020.
- Oxford/AstraZeneca, 16 de febrero de 2021.
- Ad26.CoV2.S de Janssen, 12 de marzo de 2021.
- La vacuna de Moderna contra la COVID-19 (ARNm-1273), 30 de abril de 2021.
- La vacuna de Sinopharm contra la COVID-19, 7 de mayo de 2021.
- La vacuna CoronaVac de Sinovac, 1 de junio de 2021.
- La vacuna BBV152 (Covaxin) de Bharat Biotech, 3 de noviembre de 2021.
- La vacuna Covavax- en inglés, 17 de diciembre de 2021.
- La vacuna Nuvaxovid- en inglés, 20 de diciembre de 2021.

El panorama pinta mejor; no obstante, este virus tuvo la capacidad de mutar y acrecentar sus niveles de contagio; son ya bastante conocidas las variantes: Alfa (también llamada Kent o B.1.1.7, descubierta en el sureste de Inglaterra), Beta (o sudafricana, o B.1.351), Gamma (o brasileña, o P.2), Delta (o india, o P.1.), Deltacron, entre otras.

Fueron estos factores, el desastre de contención de 2020 y las variantes del virus, los que espolearon a los gobiernos a endurecer sus medidas de bioseguridad. Entre una de aquellas, la más severa a criterio nuestro, fue la inoculación forzosa (sea directa o indirectamente).

Las reacciones sociales no demoraron en pronunciarse: se formaron grupos provacunas y disidentes de las vacunas; ambos bandos están conformados por numerosos adherentes con sus respectivos discursos; no obstante, hemos contemplado que la mayoría de los que se vertieron en Bolivia carecen de rigurosidad o son sesgados, razón por la que a continuación se describirá tanto nuestro contexto específico como el internacional para posteriormente exponer las razones que justifican la inconstitucionalidad de la vacunación obligatoria, sea la edad que fuere.

4. Ámbito nacional

En marzo de 2020 el gobierno anunciaba que se detectaron los primeros casos de Covid-19 en el país, y a partir de entonces diversas medidas de bioseguridad serían implementadas para frenar su avance. Para perjuicio de Bolivia, la estabilidad política era frágil debido a que los miembros del órgano ejecutivo de aquella fecha eran producto de la sucesión presidencial, ocasionada por los acontecimientos que se suscitaron en el último trimestre de 2019 (ejercicio del derecho de resistencia, fraude electoral, etc.).

Estando en amenaza el derecho a la vida y salud del pueblo, el CONARADE (Consejo Nacional de reducción de Riesgos y atención de Desastres) mediante Resolución 02/2020 de 11 de marzo de 2020, recomendó a la Presidente declarar la situación de emergencia nacional por la presencia de “fenómenos adversos reales e inminentes como amenazas biológicas, naturales, socio-naturales y antrópicos, entre otros” (2020). Atenta a la sugerencia, Áñez, mediante Decreto Supremo 4179 de 12 de marzo de 2020, declaró la “Situación de

Emergencia Nacional por la presencia del brote de Coronavirus” (2020) en Bolivia.

Fue con base a esa normativa que se emitieron una serie de disposiciones que limitaron la locomoción y demás derechos fundamentales en todo el territorio nacional: el Decreto Supremo 4190 de 13 de marzo de 2020 suspendió los vuelos directos desde y hacia Europa; el Decreto 4192 de 16 de marzo de 2020 dispuso una pluralidad de medidas de contención y prevención en todo el territorio, como horario continuo, prohibición de reuniones, actividades, de ingreso de viajeros por espacio aéreo, y gravamen arancelario; por su parte el Decreto 4196 de 17 de marzo de 2020 confirmó la declaratoria de emergencia, determinó la cuarentena en todo el país y agravó las medidas de contención, como los horarios de atención, cierre de fronteras, etc.; entre otros decretos que pueden ser consultados en la Gaceta Oficial de Bolivia.

Emitida la normativa para enfrentarse a la fuerza de los hechos, la realidad nos acusó resultados desalentadores. Es de conocimiento general que entre 2020-2021 se presenciaron episodios luctuosos para muchos: personas muriendo en las calles de Cochabamba (como se mencionó en 3.), y desesperación por conseguir oxígeno en Santa Cruz, donde incluso se hacía fila durante 48 horas sin resultado alguno (Página siete, 2021). Pero, no todos son hechos de impotencia y tristeza, sino también de cólera, como los bloqueos ocasionados en agosto de 2020 que provocaron el deceso de muchas personas por la carencia de insumos médicos, y el caso de corrupción por la venta de los respiradores españoles (BBC, 2020).

Erigido un nuevo gobierno, y a causa de que Bolivia no contaba con una ley que versara sobre la emergencia sanitaria (la presidente Añez lidió con el Covid-19 a base de decretos), se emitió la Ley de Emergencia Sanitaria 1359 de 17 de febrero de 2021, que tiene por objeto: “establecer medidas para proteger la vida, la salud, la integridad

y el bienestar de la población, ante una emergencia de tipo sanitario en parte o todo el territorio nacional” (2021, Art. 2).

Como el número de casos aún eran altos en el último trimestre del año pasado, el presidente Arce emitió dos Decretos que generarían hondos debates sobre inmunización obligatoria: el Decreto 4640 y el Decreto 4641, ambos de 22 de diciembre de 2021.

El primero tuvo por propósito modificar e incorporar una serie de disposiciones al Decreto 4451 de 13 de enero de 2021, alterándose los Arts. 2 y 4. Para nuestra materia resulta pertinente la transcripción del último:

Art. 4.- (MEDIDAS DE BIOSEGURIDAD Y PREVENCIÓN). En el marco de la responsabilidad personal, familiar y comunitaria, se establecen las siguientes medidas de bioseguridad y prevención de cumplimiento obligatorio por parte de la población en general:

- a) Uso obligatorio, permanente y adecuado de barbijo;
- b) Lavado frecuente de manos con agua y jabón, uso del alcohol al setenta por ciento (70%) y/o alcohol en gel;
- c) Distanciamiento físico de 1,5 a 2 metros entre personas;
- d) Evitar el uso de espacios cerrados o no ventilados en la realización de actividades;
- e) Las instituciones públicas, privadas, entidades financieras, religiosas, centros comerciales, mercados y supermercados, unidades educativas, universidades, institutos técnicos e instituciones educativas en general, lugares de entretenimiento y otras donde exista aglomeración, deberán solicitar a las personas:
 1. El carnet de vacunación con esquema completo (primera y segunda dosis de la Sputnik V, o Pfizer, o Sinopharm, o AstraZeneca u otra, o una dosis de la Johnson & Johnson u otra); o

2. El carnet de vacunación de la primera dosis de cualquiera de las vacunas antes señaladas, para aquellas personas que a la publicación del presente Decreto Supremo no se encuentren vacunados, debiendo posteriormente según el intervalo de tiempo contar con el esquema completo de vacunación, cuando corresponda; o

3. La prueba RT-PCR negativa emitida hasta cuarenta y ocho (48) horas antes de su ingreso a los establecimientos y otros señalados en el presente inciso.

f) Las empresas de transporte interdepartamental aéreo, terrestre, fluvial y férreo, que transporten pasajeros al interior del país, deberán solicitar a las personas que se encuentren en edad vacunable, antes del abordaje:

1. El carnet de vacunación con esquema completo (primera y segunda dosis de la Sputnik V, o Pfizer, o Sinopharm, o AstraZeneca u otra, o una dosis de la Johnson & Johnson u otra); o

2. El carnet de vacunación de la primera dosis de cualquiera de las vacunas antes señaladas, para aquellas personas que a la publicación del presente Decreto Supremo no se encuentren vacunados, debiendo posteriormente según el intervalo de tiempo contar con el esquema completo de vacunación, cuando corresponda; o

3. Prueba RT-PCR negativa emitida hasta cuarenta y ocho (48) horas antes del abordaje. (Decreto 4640, 2021)

En lo que atañe a añadiduras, se agregó el parágrafo V en el art. 8 del Decreto referido:

V. Toda servidora o servidor público, personal de empresas públicas y personal de las empresas que cuenten con participación

accionaria mayoritaria del Estado, deberá presentar al área encargada de recursos humanos de su entidad:

1. El carnet de vacunación con esquema completo (primera y segunda dosis de la Sputnik V, o Pfizer, o Sinopharm, o AstraZeneca u otra, o una dosis de la Johnson & Johnson u otra);
o
2. El carnet de vacunación de la primera dosis de cualquiera de las vacunas antes señaladas en el numeral precedente. En aquellos casos en que la servidora o servidor público, personal de empresas públicas y personal de las empresas que cuenten con participación accionaria mayoritaria del Estado, que a la publicación del presente Decreto Supremo no se encuentre vacunado, deberá posteriormente, según el intervalo de tiempo contar con el esquema completo de vacunación, cuando corresponda; o
3. Aquellas servidoras o servidores públicos, personal de empresas públicas y personal de las empresas que cuenten con participación accionaria mayoritaria del Estado, que decidan no vacunarse, deberán presentar los lunes de cada semana la prueba RT-PCR negativa emitida hasta setenta y dos (72) horas antes, cuyo costo será asumido por éstos, no siendo válidas las pruebas emitidas por los Subsectores Público y de la Seguridad Social de Corto Plazo. (Decreto 4640, 2021)

Continuando con el discurso, el Decreto 4641 implementó el carnet de vacunación en su Art. 1: “Implementar el Carnet de Vacunación contra la COVID-19 en todo el territorio nacional, como el documento oficial certificado por el Ministerio de Salud y Deportes, que acredita que una persona fue vacunada en el Estado Plurinacional de Bolivia” (2021); en su Art. 2: “Se implementa el Carnet de Vacunación contra la COVID-19, que se constituye en el documento oficial de carácter nacional, portable, verificable, seguro y gratuito, que acredita que los estantes y habitantes del Estado Plurinacional de Bolivia, fueron

vacunados contra la COVID-19, conforme al esquema de vacunación que corresponda” (2021); su Art. 3.III determinó la responsabilidad de portación actualizado del mismo: “Es responsabilidad del titular portar su Carnet de Vacunación contra la COVID-19 con su esquema de vacunación actualizado, de manera física o digital” (2021).

He aquí las principales disposiciones que incitaron a determinados sectores de la población, como la Federación Departamental de Maestros de Educación Rural de La Paz, cívicos de El Alto, el Consejo Nacional Cristiano de las Iglesias Evangélicas de Bolivia, las federaciones de campesinos Tupac Katari, Bartolinas, Interculturales, Conamaq y Cofecay (ANF, 2022), a protestar con marchas y bloqueos contra la vacunación obligatoria. V. gr., el 11 de enero de 2022, en La Paz, cientos se manifestaron en las puertas del Ministerio de Salud exigiendo su abrogación por ser contrarios a la Constitución (France24, 2022). ¿Cuál fue el producto de estos acontecimientos? Un cisma en nuestro país: Pro vacunas vs. Anti vacunas (categorías que serán analizadas nuevamente en ulteriores apartados).

Pero ¿por qué tanta conmoción? ¿Acaso los Decretos 4640 y 4641 estipulan que las personas deban vacunarse de forma obligatoria? ¿No son ignorantes aquellos que rehúsan inocularse contra el Covid-19? ¿Los Decretos condicen con el elenco de principios y derechos fundamentales de nuestra Constitución?; como éstas fueron formuladas varias interrogantes en el foro nacional, las cuales serán abordadas posteriormente, por ahora, baste con mencionar que la nomografía empleada en asaz hábil, no contempla la “obligación expresa de vacunarse”, pero en contrapartida obliga a los ciudadanos a portar un “carnet de vacunación”.

5. Derecho comparado

Para provecho de algunos –los pro vacunas– la realidad comparada nos acusa una serie de Estados que adoptaron la inoculación forzosa como una medida para contrarrestar al Covid-19.

En nuestra región es conocida la decisión del gobierno costarricense de obligar a su población a vacunarse en cumplimiento del Decreto Ejecutivo 43249-S de 7 de octubre de 2021, que fundamentó su decisión en normativa legal, constitucional y jurisprudencial; para ser precisos la referida disposición reformó el Art. 2 del Decreto Ejecutivo 42889-S del 10 de marzo de 2021 (denominado Reforma del Decreto Ejecutivo 32722-S del 20 de mayo de 2005, también conocido como Reglamento a la Ley Nacional de Vacunación y Establecimiento de la Obligatoriedad de la Vacuna del COVID-19) con el siguiente texto:

Artículo 2.- Con fundamento en el artículo 3 de la Ley Nacional de Vacunación, Ley número 8111 del 18 de julio de 2001, así como los ordinales 2 y 18 del Reglamento a la Ley Nacional de Vacunación, Decreto Ejecutivo número 32722 del 20 de mayo de 2005, será obligatoria la vacuna del COVID-19 para el personal establecido por la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología, en las sesiones extraordinarias número VII-2021 del 16 de febrero del 2021, VIII-2021 del 23 de febrero de 2021 y N.º XLV-2021 del día 23 de septiembre de 2021, para el caso de este último acuerdo, será en los términos fijados por la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología para el sector público y el sector privado. (Decreto Ejecutivo 43249-S, 2021)

La decisión no recibió la aceptación de diversos sectores, en especial cuando sin haberse transcurrido ni un mes, Costa Rica se posicionó como el primer país en el mundo en ordenar la vacunación obligatoria de niños (BBC, 2021).

Ecuador se plegó a este carril con base a los “Lineamientos de obligatoriedad de la vacunación contra SARS CoV-2” emitido por el Ministerio de Salud, en diciembre de 2021; en la introducción el documento realiza una cronología del Covid-19, con posterioridad expone sus fundamentos y justificaciones –leyes, jurisprudencia y datos estadísticos sobre el comportamiento del virus– para asumir directrices generales; es en el punto 5.2. (lineamientos generales) donde de manera explícita preceptúa:

Conforme a lo establecido en el numeral 4 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Salud, ‘Declarar la obligatoriedad de las inmunizaciones contra determinadas enfermedades, en los términos y condiciones que la realidad epidemiológica nacional y local requiera; definir las normas y el esquema básico nacional de inmunizaciones; y, proveer sin costo a la población los elementos necesarios para cumplirlo’. *Se declara la obligatoriedad de la vacunación contra la COVID19 en el territorio nacional*, debido al estado epidemiológico actual, el riesgo de las nuevas variantes, disponibilidad y acceso de vacunas, así como la evidencia científica actual. (2021)

Sin embargo, se dispone una excepción a esta regla en el numeral 7: “[1]a vacunación no será obligatoria para las personas que presenten alguna condición médica o contraindicación debidamente certificada.” (2021)

Fuera de nuestro continente una multiplicidad de Estados asumió la decisión radical de inocular forzosamente a sus habitantes contra el Covid-19. En Europa el Vaticano fue el primero en disponerla en octubre de 2021, después siguió Austria el 4 de febrero de 2022, asimismo, tenemos el caso de Galicia en España y de Francia (para personal médico); en Asia central se encarrilaron a esta tendencia Tayikistán y Turkmenistán; en Oceanía fue Micronesia (Mena, 2022).

La disposición de dicha medida generó reacciones adversas por parte de ciudadanos como de instituciones políticas; en España, a instancia del gobierno de Pedro Sánchez, el Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad y determinó la medida cautelar de suspender los efectos de la Ley de Salud de Galicia que obligaba a sus ciudadanos a vacunarse mientras se resuelve el fondo (El periódico, 2021). Posteriormente, mediante Nota Informativa 76/2021 de 22 de julio, por “unanimidad” se dispuso mantener la suspensión exponiendo como justificativo:

El auto, cuyo ponente ha sido el magistrado Andrés Ollero, razona que la vacunación obligatoria no es una medida preventiva que aparezca expresamente contemplada en la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, y supone una intervención corporal coactiva y practicada al margen de la voluntad del ciudadano, que ha de someterse a la vacunación si se adopta esta medida, so pena de poder ser sancionado, en caso de negativa injustificada a vacunarse (...). Ello significa que apreciar en este caso que el levantamiento de la suspensión del precepto impugnado sería susceptible de provocar perjuicios ciertos y efectivos que pueden resultar irreparables o de difícil reparación, en la medida en que la vacunación puede imponerse en contra de la voluntad del ciudadano” (Tribunal Constitucional, 2021).

El jueves 13 de enero del presente, la Corte Suprema de Estados Unidos anuló la decisión del presidente Joe Biden, con 6 votos a favor y 3 en contra, que imponía a los empleados de todas las empresas que contaran con 100 o más trabajadores el deber de vacunarse o presentar semanalmente resultados negativos de Covid-19, la cual tuvo que entrar en vigencia a partir de febrero. No obstante, la inoculación forzosa prosperó respecto al personal sanitario por 5 votos sobre 4 (France24, 2022).

De parte del departamento ejecutivo de gobierno tenemos los ejemplos de Brasil y México. Bolsonaro ha manifestado públicamente su posición contraria a inmunizarse y a inmunizar a su gente:

Sobre las vacunas, decidí que no me voy a vacunar. Estoy viendo nuevos estudios. Mi inmunidad está allá arriba, ¿para qué me voy a vacunar? Sería lo mismo que jugar diez reales a la lotería y ganar dos. No tiene sentido. (...) Ahora bien, exigir vacuna, me parece que eso huele a mercado. Para mí la libertad está por encima de todo. Si el ciudadano no quiere vacunarse está en su derecho y punto final. (El Mundo, 2021)

Por su parte, López Obrador manifestó:

Ya conocen ustedes cuál es la filosofía de nuestro gobierno, todo por la razón y el derecho, hay que convencer, persuadir, no imponer nada... lo que tenemos que hacer es seguir haciendo conciencia de la importancia de vacunarnos... hay que procurar que la gente no se enferme, no haya contagios y que no pierda la vida, que es lo más lamentable, no vamos nunca a volver obligatoria la vacunación (...). Nosotros tenemos un pueblo que es mucha pieza. (El financiero, 2021)

La panorámica descrita nos acusa que la actuación de los gobiernos para preceptuar medidas contra el Covid-19 es variegado, algunos optaron por el *sendero de la coerción* y otros por el *sendero de la libertad*.

6. Refutación

Puesto que no comulgamos con la inoculación forzosa, hemos identificado una pluralidad de derechos y principios constitucionales que son menoscabados por esta política, y que a continuación se procede a fundamentar:

6.1. Autodeterminación de la persona

Conforme al Diccionario de la Real Academia Española la autodeterminación es la: “Capacidad de una persona para decidir por sí misma algo” (s.f., definición 2). Entendida de esta forma, y con ánimos de dotarla de un cariz más jurídico, para nosotros la Autodeterminación de la persona es una: *propiedad subjetiva adscrita al hombre para organizar su vida y obrar sin intrusión alguna, teniendo solo como valladares los cánones constitucionales y legales legítimos.*

El lector habrá podido advertir que el concepto formulado tiene diversos componentes: a) reconocimiento de una cualidad inherente, b) implica una pluralidad de acciones, c) excluye las intromisiones indebidas de autoridades y particulares, y d) dispone un límite: las normas constitucionales y legales. Detengámonos brevemente en el último elemento que amerita mayor ahondamiento.

A diferencia de otras opiniones, la presentada hace expreso la “condicionante” de los parámetros jurídicos que limitan nuestra libertad; las constituciones como las leyes suelen ser producto de procesos democráticos, lo que no implica que toda decisión tenga que ser acatada ciegamente y sin posibilidad de disenso. Es posible que una reforma constitucional o una ley ostenten credenciales democráticas procedimentales (Estlund, 2011, p. 162) mas no credenciales democráticas sustanciales, por consiguiente, de solo poseer la primera el reclamo de autoridad será válido, pero no será demandable su legitimidad.

En conclusión, la mera existencia de normas constitucionales y legales no es suficiente para dar la aquiescencia a toda limitación de nuestras libertades (este argumento será retomado con posterioridad).

Asimilada de esta forma, la autodeterminación compagina armónicamente con el principio de autonomía de la persona planteado

por el profesor Carlos Santiago Nino; para este autor el referido postulado –de índole liberal–:

Prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción (1989, pp. 204-5)

Además, Nino establece que este postulado nos coadyuva a identificar dentro de ciertos márgenes de indeterminación, aquellos *bienes* sobre los que versan los derechos cuya función es ‘atrincherar’ esos bienes contra medidas que persigan el beneficio de otros o del conjunto social o de entidades supraindividuales (1989, p. 223).

Se percibe que ambas categorías repelen el intervencionismo o paternalismo estatal sobre la vida de las personas priorizando el respeto por las preferencias subjetivas de los individuos. Prohijamos esta línea de pensamiento por cuanto, como señala el profesor Scanlon:

Valorar la autonomía individual es valorar los derechos, libertades y otras condiciones necesarias para que los individuos desarrollen sus propios objetivos e intereses, y es hacer que sus preferencias sean efectivas en conformar sus propias vidas y en contribuir a la formación de políticas sociales (como se citó en Nino, 1989, p. 217).

Por los argumentos vertidos es factible deducir el por qué la vacunación obligatoria, dispuesta por los Decretos 4640 y 4641, es inconstitucional: Disponen la inoculación forzosa subrepticamente a través de sanciones que obstaculizan la vida social.

Empero, los adversarios de esta postura expondrán que la normativa aludida no contempla en su texto enunciados del talante siguiente: “Toda persona tiene la obligación de vacunarse contra el Covid-19”, o

“Es deber de toda persona suministrarse cualquiera de las vacunas provistas por el Estado contra el Covid-19”.

Esto es cierto, no obstante, considero que esto fue una *treta nomográfica*. Si revisamos con cuidado los artículos del Decreto 4640 y 4641, podremos concluir que a pesar de no preverse un deber explícito de inocularse se ejerce coerción en sobremanera sobre los ciudadanos por las dificultades a sufrir por negarse a vacunar; prácticamente queda excluido de la interacción social. Planteemos un hipotético:

Si X rehusaba a vacunarse el Estado no puede forzarlo a hacerlo, pero en contrapartida, se le negaba a X la posibilidad de concurrir a instituciones públicas, privadas, entidades financieras, unidades educativas y otros sitios, e incluso no podía transportarse de su departamento a otro; continuemos con el relato, si X fuera un universitario con cuenta bancaria que no se vacunó su vida habría estado plagada de limitantes: no podría asistir a clases como tampoco retirar dinero del banco en caso de requerirlo, y de profesar alguna religión no podría asistir a sus reuniones (aceptamos que el segundo argumento no es de notable relevancia si consideramos los cajeros automáticos, pero, y ¿si una persona extravió su tarjeta?).

Queda patente entonces la infracción al principio de autodeterminación de la persona, en cuanto este postulado plantea que los individuos que habitan un Estado deben poseer un amplio margen de discreción sobre como planificar su vida, sin que el Estado u otros individuos se inmiscuyan; los Decretos invaden ese abanico de posibilidades de elección al coercionar indirecta y solapadamente a las personas a vacunarse pues introducen una imposición en el espectro de decisiones de aquellos que rehúsan inocularse.

Contra el argumento referido los pro vacunas pueden contra argumentar que cuando uno procedió a inocularse se le proveyó de una “Declaración de Consentimiento Informado”, por tanto, esa acción

sería voluntaria. Esta razón puede recibir las siguientes objeciones: primero, una mayoría de las personas que se vacunaron días posteriores a la vigencia de los decretos lo hizo más por temor a las represalias – que precisamos con anterioridad con X– que por resolución autónoma; y segundo, es sabido que un buen porcentaje de la población boliviana carece del hábito de lectura, por lo que muchos firmaron la declaración como si se tratara de una mera diligencia administrativa.

El Estado respetuoso de la autodeterminación de la persona no dispondrá la obligación explícita de la inoculación ni recurrirá a tretas nomográficas para impeler a sus habitantes a vacunarse en contra de su voluntad; sino que hará hincapié en las medidas de bioseguridad ya emitidas: uso obligatorio del barbijo, distanciamiento social, restricción de eventos sociales, portación de alcohol en gel u otras sustancias análogas, y campaña de vacunación “voluntaria” que incentive la misma.

En corolario, la acentuación del factor coerción, como presión normativa que engendra a su vez a la social, y la libertad condicionada, producto de la restricción a la decisión autónoma, son argumentos que el principio de autodeterminación de la persona no puede guarecer bajo sus alas por su inconstitucionalidad manifiesta: ¿Tengo libertad de elección si mi libertad está condicionada por un empuje normativo y social?

Amonestación: si bien la autodeterminación de la persona no se encuentra prevista en el texto constitucional, esta es un componente integrante del vasto itinerario conceptual de la libertad, reconocido por los Arts. 8.II, 22 y 23 de la Constitución de Bolivia; recuerde que en material constitucional el silencio no es sinónimo de inexistencia y que

para poseer un conocimiento integral de la Constitución se requiere de un *estudio metatextual*¹ de su contenido deóntico.

6.2. Dignidad humana

La dignidad humana es una de aquellas magnas categorías cuyo perfil conceptual no es hacedero precisar; en la normativa, doctrina y jurisprudencia constitucional es caracterizada ora como derecho, ora como valor (SCP 0248/2021-S4, 2021), ora como principio. Esta dificultad conceptual es producto de su amplio contenido y las dos dimensiones que todo derecho fundamental ostenta: dimensión subjetiva y dimensión objetiva (Hernández, 2007, p. 29).

Para agilizar nuestra labor de prospección que baste mencionar la clásica y recurrentemente citada concepción kantiana de la dignidad humana u *Objektformel* (fórmula del objeto); que consiste en que debido a que el ser humano integra el reino de los fines este no puede ser reificado para provecho de otros, *id est*, es un fin en sí mismo (Kant, 2002, p. 137).

Dado que hemos dejado sentado que los decretos prescriben una vacunación obligatoria encubierta, el contenido particular de la dignidad humana señalado también está bajo amenaza.

El Estado y toda institución u asociación (pública o privada) que promueva la inoculación forzosa lacera el derecho bajo comento al invertir el orden de los factores en juego:

a) Dirección plausible: Las medidas de bioseguridad (instrumentos) que los gobiernos determinaron para combatir el Covid-19 fueron estatuidas en favor de la vida, salud y seguridad de las personas (fin).

¹ Para mayor abundamiento sobre esta temática nuestra obra inédita: “Un estudio metatextual de la Constitución, A propósito de la tesis de la Constitución invisible”.

b) Inversión reprobada: Las personas (fin) deben inocularse de forma obligatoria (medios) en favor de la sociedad o del sistema público de salud.

Las ramificaciones de la diada fines-medios planteada es diáfana, la primera opción es más respetuosa en cuanto instrumentaliza una serie de recaudos para guarecer a los individuos; la segunda, no es compatible con la dignidad humana porque superpone las provisiones de bioseguridad a la persona, y se escuda bajo categorías genéricas y abstractas como: el Estado, la sociedad, el pueblo, el sistema público de salud, el bien común o bienestar general, para justificar sus cometidos.

Es de larga data ya la historia de las políticas gubernamentales que emplean nociones cuyo contenido es vago para recortar libertades; la tradición de los Estados de Sitio en Iberoamérica es un ejemplo de ello: los gobiernos solían fundar su actuar dictatorial sobre la libertad y dignidad humana alegando una espuria lucha por la conservación del orden y el interés del pueblo. Es con ese argumento, y similares, que se cometieron avances indebidos en la personalidad de los individuos.

En conclusión, contemplado el ser humano como un fin en sí mismo, este no puede ser objeto de políticas sanitarias invasivas que lo instrumentalicen en provecho del sistema público de salud u otras categorías genéricas, y como los Decretos tienen ese talante estos no son concordantes con los Arts. 8.I, 21 y 22 de la Constitución.

6.3. No discriminación

El resultado de la imposición de las vacunas obligatorias fue la generación de una presión social sobre la sociedad en general y sus disidentes en particular; esta fuerza devendría posteriormente en críticas, sátiras y befas sobre los que se negaron a inocularse.

Las acciones advertidas produjeron que la comunidad se divida en dos grupos: los provacuna y los calificados como antivacunas. Este cisma no fue silencioso, tanto en conversaciones familiares como sociales –

especialmente las establecidas en las redes sociales– pudo percibirse una gran cantidad de insultos de ambos bandos. Los provacunas tildaron en muchas oportunidades a sus adversarios de “ignorantes”, “estúpidos”, “irresponsables” y demás.

Este fenómeno, cuya causa la encontramos en los Decretos 4640 y 4641, despertó desasosiego y malestar para los sectores que se negaron a vacunarse ya que lo consideran una intromisión indebida por parte del gobierno en una decisión que les corresponde como individuos.

Aquellos que se vacunaron alegaron ser respetuosos de las normas dictadas por el órgano ejecutivo, pero olvidan que haberse vacunado con todas las dosis e incluso haber optado por una segunda inmunización (algunos realizaron un desfile de inyecciones en sus brazos) no les da autoridad para exigir a terceros su emulación, y peor aún, se sujetan tanto al Decreto, pero mellan la Constitución al discriminar al resto por no comulgar con sus ideas.

¿Es factible hablar de discriminación en la temática abordada? Estimo que sí. Si entendemos dicha acción como el trato diferenciado y perjudicial respecto a una persona o un colectivo, el proceder del Estado y algunos particulares se subsume en su concepto, en particular por el factor “agresión a los derechos de las personas”, dado que “al discriminar se niegan los derechos fundamentales a determinado sujeto o a determinado grupo de personas, por determinadas características, creencias o pensamientos” (SCP 0910/2014, 2014). Justifiquemos lo afirmado: el tacto disímil se observa cuando el Estado dispuso que los ciudadanos no vacunados no podrán acceder a ciertos lugares y servicios, notoria afectación a la libertad de locomoción; a esto se agrega la estigmatización y la arbitrariedad de epítetos despectivos a particulares.

El caso de discriminación que se avistó en el país, con mayor fuerza durante las primeras semanas de vigencia de los decretos, se presentó en su variante que atañe a la cosmovisión que cada persona posee; uno

no puede ser forzado a prohijar la cultura, ideología o filosofía del Estado u otros individuos o agrupaciones. La situación parece simple, pero tiene hondas ramificaciones si consideramos que el susodicho acto reprochable puede suscitarse no solo al interior de los hogares y las conversaciones virtuales, sino también en los colegios y centros de salud.

Ergo, como la Constitución prohíbe y ordena al Estado sancionar toda forma de discriminación: “fundada en razón de (...) cultura, (...) ideología, filiación política o filosófica (...) que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona” (Constitución de Bolivia, 2009); los Decretos y el obrar de diversos particulares pecan de discriminatorios, y por ende, no conciden con los Arts. 14.II y III, 17, 18.II y 46.I.1 de nuestra norma superlativa.

6.4. Principio de inviolabilidad, interdependencia y respeto de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, aquellas posiciones o facultades jurídicas adscritas a las personas, determinan directrices para su idónea interpretación y protección; para nuestro estudio específico, los principios de inviolabilidad, interdependencia y respeto son los que resaltan como esenciales.

El principio de inviolabilidad genera para el Estado, y en su caso para particulares, obligaciones y prohibiciones para que los derechos de las personas sean optimizados (derechos sociales) o no sean invadidos (derechos de libertad). Cuando se incumple con estos mandatos los titulares de los derechos deben tener disponible un: “Complejo de instituciones de orden adjetivo, cuyo telos es revestir de tutela específica a los bienes fundamentales –principios, valores y derechos constitucionales– reconocidos por el bloque de constitucionalidad” (Cruz, 2021, p. 278); en otros términos, garantías constitucionales. No obstante lo sostenido, la existencia de derechos y sus respectivas

salvaguardias no es suficiente para una adecuada protección de los derechos, también es menester contar con un sistema burocrático eficiente, de nada servirá poder activar una acción de libertad si su admisión y el posterior señalamiento de audiencia es tardío.

Este postulado de los derechos fue quebrantado por el Estado cuando dispuso la vacunación obligatoria por medio de los Decretos 4640 y 4641, que permitió subrepticamente una injerencia en la autodeterminación y la dignidad, y además provocó un trato disímil respecto a los disidentes; los provacunas también tienen su parte de responsabilidad en la última acción señalada (discriminación).

Para comenzar a analizar el principio de interdependencia pertinentes resultan las palabras del profesor Rudolf Torovsky: “Sabemos que los derechos humanos no pueden considerarse aislados, y que la concesión o no concesión de uno de los derechos fundamentales puede influir decisivamente en el goce de otro u otros derechos fundamentales” (Torovsky, 1962, p. 81). En hogaño una profusa cantidad de constituciones reconoce en su texto un catálogo de derechos fundamentales –conocidos también como Declaración de Derechos–; los elementos de este elenco no son categorías comunicables, sino que existen nexos entre sus contenidos esenciales de tal forma que la vulneración de uno implica la conculcación de otros; el típico ejemplo es el de la lesión del derecho a la vida: sin vida no hay libertad; esto sin embargo es relativo no absoluto, ya que no todos los derechos presentan vínculos sustanciales estrechos, v. gr., si a un trabajador asalariado se le restringe su derechos a votar, esto no mermará en manera alguna su derecho al salario.

Entonces, dado que los derechos fundamentales son parte de una estructura reticular, al haberse dictaminado la inoculación forzosa por los decretos del órgano ejecutivo, se vulneró la dignidad humana en cuanto la persona dejó de ser el fin para convertirse en un medio para otros intereses; producto de este intercambio de factores se lesionó el derecho a no ser discriminado, ya que todo aquel que se abstuvo de

vacunarse fue tildado de ignorante y relegado socialmente; esta presión jurídica y social a su vez incidió en la autodeterminación de la persona, porque muchos se inocularon por temor a las represalias, no fue una decisión plenamente libre.

Ramificación de quebrantar las dos anteriores directrices es la vulneración del principio de respeto a los derechos fundamentales; un Estado no puede calificarse como democrático y de derecho si su gobierno no guarda deferencia respecto a los derechos de su pueblo y promueve su progreso en libertad e igualdad; solo aquellas organizaciones que satisfacen estas exigencias pueden ser rotuladas como “Estados respetuosos de la condición humana” (Jiménez, 1963, p. 300).

Cuando se presentan hondas disidencias en un sector del elemento poblacional el Estado tiene la obligación de entablar diálogos para poder arribar a un acuerdo, la idea de imposición no resulta atractiva para una democracia. En corolario, gobernantes y gobernados debemos ser practicantes del respeto, porque esta directiva: “nos enseña a esperar, mirar y escuchar al otro” (Stith, 2010, p. 208).

6.5. Reserva de ley

Los derechos fundamentales son el *desiderátum* al cual las democracias constitucionales destinan esfuerzos de diversa índole en procura de su materialización; es por este móvil que el constituyente, con el propósito de evitar la arbitrariedad de la administración, consideró oportuno que estos solo pudiesen ser regulados, junto con sus respectivas garantías, mediante ley: Art. 109.II: “Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley” (Constitución Política de Bolivia, 2009).

Se colige por lo apuntado que en Bolivia se instituyó el principio de reserva de ley en favor de los derechos, esto significa que es el pueblo a través de sus representantes quien decide sobre las restricciones que estos puedan experimentar. El mandato es diáfano –no hay espacio

para elucubraciones—, no se prevé otro dispositivo normativo inferior para tal cometido (sólo por la ley). Prestarse a un razonamiento opuesto implicaría descender a la prestidigitación argumentativa.

Dado este escenario se comprende el por qué los Decretos 4640 y 4641 no tuvieron aceptación plena por parte de doctrinarios o de la población; las disposiciones citadas no son el canal constitucional apropiado para prescribir limitaciones a los derechos fundamentales, y por ende, al haberse dispuesto la inoculación forzosa que afectó inexorablemente los derechos a la autodeterminación y la dignidad humana, el órgano ejecutivo excedió su competencia en materia regulativa. En corolario, los mentados preceptos son inconstitucionales por no condecir con el mandato del Art. 109.II de la Constitución de Bolivia.

Pero, es menester agregar, los decretos no son la única normativa a la cual está vedada la regulación de los derechos fundamentales, sino a toda disposición sublegal; por esta razón, meras determinaciones de organismos no legislativos, como las del COEM (de 28 de junio de 2022) del departamento de Cochabamba, que dispuso la portación obligatoria de carnet para ingresar a la alcaldía y concejo municipal de Cercado, son preceptos que exceden su ámbito de regulación: son inconstitucionales.

Esto nos impele a reflexión; sería ideal que tanto el Presidente como autoridades análogas y subnacionales rememoraran y aplicaran las enseñanzas que legó la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *States vs. Lee* de 1822:

Ningún hombre en este país está tan alto como para estar por encima de la ley. Ningún funcionario de la ley puede desafiarla impunemente. Todos los funcionarios del gobierno, desde el más alto hasta el más bajo, son criaturas de la ley y están obligados a obedecerla. (...) Es el único poder supremo en nuestro sistema de gobierno, y todo hombre que al aceptar un cargo participa en sus

funciones, está más obligado a someterse a esa supremacía y a observar las a someterse a esa supremacía y a observar las limitaciones que impone en el ejercicio de la autoridad que otorga. (1822)

6.5.1. Ley de vacunación obligatoria

Con la finalidad de realizar un esfuerzo por afianzar la legalidad de la inmunización obligatoria en el país, en algunos debates que se realizaron se citó la Ley de Vacunas de 12 de diciembre de 2005, promulgada por el presidente Eduardo Rodríguez Veltze, cuyo Art. 3 dispone: “Todos los habitantes de la República están obligados a someterse a la inmunización contra las enfermedades prevenibles por vacunación, en sujeción a los programas nacionales” (2005).

¿La existencia de esta ley ciega el debate sobre la legitimidad de constreñir a los ciudadanos del presente a inocularse? Por descontado no. Para empezar, el susodicho precepto fue elaborado en una época en que la democracia boliviana tenía aristas limitadas, las condiciones no eran idóneas para el desarrollo de instituciones que posibilitaran la participación de los diversos sectores sociales potencialmente afectados; como señalaron los profesores Jost, Rivera Santiváñez, Molina Rivero y Cajias en 2003: “la participación (...) de la sociedad civil en la aprobación de la ley es inexistente” (p. 173). A la crítica formulada podría refutarse alegando que la referida ley habría sido aprobada después de un arduo debate entre los representantes legítimos del pueblo, pero esto también es relativo, porque el poder del presidente eclipsaba y subordinaba a los congresistas, transformándolos en meros “levanta manos” (Jost et al., 2003, p. 175).

Ergo, ¿será razonable someter a la población actual con una ley diseñada en tiempos en que el pueblo tenía estrechos espacios de diálogo y debate, y en el que los senadores y diputados no imprimían el trámite debido para su confección? Estimo que no.

Por las razones expuestas, y considerando el contexto vigente de nuestra democracia y el contenido esencial de los derechos y principios constitucionales analizados previamente, juzgo que la Ley de Vacunas de 2005 puede ser acreedora de inconstitucionalidad sobreviniente por lesionar la autodeterminación de la persona y la dignidad humana; recuérdese que las “Las leyes del Congreso sólo son la ley suprema del país cuando se hacen en cumplimiento de la Constitución” (State of Missouri vs. Holland, United States Game Warden, 1920).

6.5.2. ¿Una oportunidad para el ejercicio de la democracia deliberativa?

Como ya observamos, la elección por parte del ejecutivo de obligar a la población a vacunarse contra el Covid-19 fue inconstitucional, debido a que no es el instrumento normativo que tenga aquiescencia constitucional para tal cometido. Debiendo optarse por una Ley, resulta sugestivo aproximarnos al modelo democrático deliberativo.

Sobre la democracia deliberativa existen profusos paradigmas, pero, coincidimos con el profesor Roberto Niembro Ortega cuando sostiene que:

Todas concuerdan en que el concepto incluye la toma colectiva de decisiones en público con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes (parte democrática), y que han de ser tomadas por medio de argumentos ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad (parte deliberativa) (2017, p. 5).

Estimo que esta forma democrática resulta pertinente para abordar la elaboración de una ley por estar más acorde con la participación popular y porque, como asevera el profesor Carlos Santiago Nino, “es el mejor procedimiento para entender y lograr la real vigencia de los derechos individuales” (1997, p. 259), como la autodeterminación y la dignidad humana.

A fuerza de que por disposición del Art. 11 de la Constitución de Bolivia se adopta la democracia participativa, representativa y comunitaria, el Congreso –no el órgano ejecutivo– tuvo posibilidad de habilitar espacios de diálogo entre los grupos a favor y reticentes a la inoculación forzosa a fin de arribar a una decisión –una ley– que satisficiera las exigencias de ambos bandos.

En dichos escenarios los congresistas habrían tenido la oportunidad de escuchar las ventajas, inquietudes, el afecto o desafecto de los diversos sectores sociales, pero la historia no siguió este curso, por cuanto se optó por decisiones unilaterales provenientes del ejecutivo, que no dio cabida al disenso.

En el hipotético caso de que se hubiese entablado la elaboración de una ley para prescribir la inoculación forzosa, ¿esta habría logrado un consenso plausible? Es probable que no, por las siguientes razones: primero, la crítica de los “levanta manos” no es un defecto que ostenten solo los representantes de antaño, y segundo, en el país aún se tiene la vetusta concepción de que “la mayoría lo puede todo” (*vox populus, vox dei*), la cual se expresa a través del consabido “rodillo”. Atento a estas críticas la Ley que ordenara la vacunación no sería producto de un proceso nomogenético legal apropiado.

Por las razones precisadas, y sin la pretensión de contradecirnos, juzgo que ni siquiera una Ley de Vacunación obligatoria contra el Covid-19, como resultado de un proceso democrático deliberativo, tiene la fuerza para inmiscuirse en la libre decisión (autodeterminación) de una persona a inmunizarse; de fabricarse una ley con contenido similar o más restrictivo que los decretos criticados, esta tendrá credenciales democráticas formales, pero no credenciales democráticas sustanciales.

Algunos argüirán contra nuestra posición aseverando que si la decisión provino de la mayoría Asamblea Legislativa Plurinacional, la ley debería ser obligatoria para comulgantes y disidentes. Pero las mayorías no tienen poder absoluto, particularmente cuando abordamos

invasiones radicales sobre derechos humanos; en hogaño tenemos el privilegio de vivir en un Estado Constitucional, organización jurídico-política donde la Constitución, como bien nos aleccionaba el Tribunal de Iowa ya en 1915: “Es el protector del pueblo, puesto en guardia por él para salvar los derechos del pueblo contra las lesiones del pueblo” (1915). Esto significa que ninguna mayoría puede incidir en sobremanera sobre el supuesto de hecho de los derechos constitucionales; además, así como la reserva de ley es un límite para los derechos fundamentales, para evitar desenfrenos regulativos existe un límite de los límites: *el núcleo esencial* de los derechos fundamentales, que desde nuestro punto de vista torna afectado en cuanto el disponer la inoculación forzosa cercena la libertad del individuo de optar o no por vacunarse.

Para culminar este apartado consideramos oportuno extrapolar *mutatis mutandis* las palabras de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Skinner vs. Oklahoma Ex rel. Williamson, Attorney General*: “hay límites a la medida en que una mayoría representada legislativamente puede llevar a cabo experimentos biológicos a expensas de la dignidad y la personalidad y las facultades naturales de una minoría” (1942).

7. Declaración universal sobre bioética

Este es un instrumento normativo internacional de envergadura para la temática tratada, por lo que resulta asombroso que no haya siquiera sido mencionado en algunos foros de debates sobre la permisibilidad de la inoculación forzosa.

La Declaración universal sobre bioética es de data reciente, fue aprobada el 19 de octubre de 2005 por aclamación en la 33ª sesión de la conferencia general de la UNESCO, y está compuesta por una exposición de motivos y 28 artículos.

En la parte motiva del documento la UNESCO declara estar consciente de:

Los rápidos adelantos de la ciencia y la tecnología, que afectan cada vez más a nuestra concepción de la vida y a la vida propiamente dicha, y que han traído consigo una fuerte demanda para que se dé una respuesta universal a los problemas éticos que plantean esos adelantos (...) [y debido a ello, reconoce] que los problemas éticos suscitados por los rápidos adelantos de la ciencia y de sus aplicaciones tecnológicas deben examinarse teniendo en cuenta no sólo el respeto debido a la dignidad de la persona humana, sino también el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales. (2005)

Posteriormente, rememora una serie de declaraciones internacionales atinentes a la bioética: la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948), la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (11 de noviembre de 1997) y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (16 de octubre de 2003); así como su rol en la “definición de principios universales basados en valores éticos comunes que orienten los adelantos científicos y el desarrollo tecnológico y la transformación social” (UNESCO, 2005). Con estos justificativos, procede a proclamar una coherencia de principios bioéticos y a refrendarlos.

¿Por qué es importante esta declaración? Porque precisa una pluralidad de principios y derechos que deben regir las prácticas médicas, de las ciencias de la vida y tecnologías conexas aplicadas en el hombre. Es menester destacar que estas directrices no solo van dirigidas a los Estados, sino también a personas individuales y colectivas.

Pero, el artículo nuclear, y la razón por la que incluimos esta normativa en el presente estudio, es el Art. 2.c que dispone como un objetivo de la Declaración: “promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de

la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos” (UNESCO, 2005).

Con el propósito de ser lacónicos, tan sólo se precisarán los preceptos que guardan mayor relación y pertinencia con los capítulos previos.

Apoyándonos en la declaración podemos sostener que el actuar del gobierno en Bolivia (y de todo aquel con un comportamiento análogo) no se ajusta a los parámetros delineados por los principios y derechos de la bioética.

En primer orden, al haberse dispuesto la vacunación obligatoria se invadió en sobremanera el derecho de autodeterminación y dignidad humana, contemplados en el Art. 3 de la Declaración; el alegato de interés general o categorías abstractas similares no es suficiente para su cometido, por cuanto: “Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad” (UNESCO, 2005). En segundo lugar, el Art. 5 también se ve afectado porque no se respetó la decisión autónoma de los ciudadanos a no inmunizarse, sino que de forma subrepticia se ejerció coerción para obligarlos; producto inmediato de lo anterior es el quebrantamiento del Art. 6, ya que el consentimiento otorgado está viciado por factores de presión fáctica y normativa, además, la información brindada es relativa porque los escritos de “consentimiento informado” no señalan que las vacunas aprobadas tan solo tienen el estatus de “uso en emergencias”. Otro de los principios dañados y que tuvo mayor notoriedad social fue el previsto por el Art. 11, aquellos que decidieron no inocularse fueron agrupados y tildados de “contra o antivacunas”, pretendiéndose incluso relegárselos de algunos ambientes sociales públicos y privados, una discriminación y estigmatización por ser antagónicos a una práctica y filosofía provacunas. Por su parte, el Art. 18.2 y 18.3 fueron ignorados por el gobierno porque no se entabló diálogo alguno entre profesionales de la salud y los ciudadanos, no hubo por consiguiente oportunidad para que

se suscite un debate público pluralista e informado en el cual pudiera escucharse las opiniones divergentes, sino que se prefirió optar por decretos (resoluciones unilaterales). Continuemos, el gobierno también faltó, tanto en el momento de la cuarentena rígida como al momento de emitir los Decretos, el deber del Art. 23, por cuanto no se pudo presenciar en ningún canal de Tv del Estado –como tampoco en los privados– la difusión de los principios de bioética de la autonomía o dignidad humana y su relación con la vacunación. Respecto al Art. 26, y considerando el contexto de lesión de los derechos a la autodeterminación, dignidad y no discriminación provocada por la emisión de los decretos de inoculación forzosa, el ejecutivo también quebrantó los principios de interrelación y complementariedad. En fin, en cuanto al Art. 27, este fue soslayado por el ejecutivo y desatendido por el congreso porque el primero reguló los principios a partir de una normativa incompetente (decretos), y el segundo por no tratar el asunto mediante una ley acorde a los principios constitucionales.

Este documento internacional que no fue invocado, quizás por ignorancia o quizás por razones de conveniencia, por ningún departamento del poder gubernamental es significativo en un contexto de emergencia sanitaria como en el que nos encontramos –el Covid-19 sigue afectando a numerosos pueblos–; no obstante, continúa sin ser mencionado. Los principios que enlista son imprescindibles para asegurar a los ciudadanos una aplicación de la medicina y tecnología conexas conforme a la bioética, y por tal finalidad, es que juzgo necesario que su contenido sea publicitado por redes de comunicación pública y privada.

Es probable que este instrumento no sea difundido por ser considerado como no vinculante para los Estados (es solo una declaración), pero, de efectuar una lectura de sus artículos se puede constatar que una pluralidad de sus cláusulas ya tiene presencia explícita o implícita en las constituciones de diversos Estados del globo: la autodeterminación inmersa en la libertad, la dignidad humana, y la no discriminación por

ejemplo. Ergo, y ciñéndonos a nuestro campo, el gobierno puede desatender la fuerza normativa de la Declaración Universal de Bioética, mas no puede ignorar la fuerza normativa de la Constitución que recepta principios semejantes.

8. Conferencia de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales: crisis sanitaria, derechos fundamentales y vacunación obligatoria

La Academia Boliviana de Estudios Constitucionales realizó una conferencia el 14 de enero de 2022, para analizar el alcance de la autoridad estatal (a través de los Decretos 4640 y 4641) respecto a los derechos fundamentales de las personas; este evento se suscitó a causa de las protestas que generaron las susodichas disposiciones que ameritaban clarificación jurídica. A la palestra fueron citados diversos autores nacionales: Eliana Roca, Iván Sandro Tapia, Ricardo Sotillo y José María Cabrera Dalence; transcribamos algunos de sus argumentos.

La conferencia fue ilustrativa para estudiosos del derecho y la población en general, no obstante, juzgo menester evaluar algunas de las intervenciones: ora por la inconsistencia o carácter endeble de los argumentos vertidos, ora por la carencia de rigurosidad en los datos aportados.

El primer defecto lo detectamos en la exposición de Eliana Roca, para quien los derechos humanos son un: “conjunto de facultades e instituciones que en cada momento garantizan la dignidad e igualdad de las personas, que están garantizados en la normativa interna e internacional” (2022). Para el formado en la teoría de los derechos humanos el concepto vertido será asaz familiar, y esto es así porque es una versión alterada de la expuesta por el profesor Antonio Enrique Pérez Luño:

Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. (1988, p. 46)

Roca, en aras de respetar la autoría del concepto esgrimido debió citar al mentado autor.

Otra tacha a precisar es la naturaleza de los derechos fundamentales, ya que todos los disertantes concordaron en sostener que no hay derechos absolutos. Esta afirmación no es objetada por un amplio número de doctrinarios, sin embargo, si se indaga con mayor escrupulosidad el catálogo de derechos fundamentales, lo que deviene en absoluto es la postura de negar categóricamente la inexistencia de determinados derechos que sí ostentan dicho carácter. P. ej., el derecho a no ser objeto de tortura, derecho a no ser reducido a esclavitud, y el derecho a la condición humana no admiten excepciones.

La idea de derechos humanos absolutos no es una concepción privativa del autor, también puede hallársela en el profesor John Finnis:

Nosotros tampoco tenemos que dudar en decir que, a pesar del consenso sustancial en sentido contrario, hay derechos humanos absolutos. (...) El más obvio, el derecho a no verse privado directamente de la propia vida como medio para ningún fin ulterior; pero también el derecho a que no nos mientan positivamente en ninguna situación (...) en la cual se espere razonablemente una comunicación real (...); y el derecho relacionado a no ser condenado sobre la base de cargos deliberadamente falsos; y el derecho a no ser privado, u obligado a privarse, de la propia capacidad procreadora; y el derecho a ser tenido en cuenta con respeto en cualquier valoración de lo que el bien común exige. (2000, pp. 252-53).

Posteriormente, algunos panelistas afirmaron de consuno que no habría distinción entre un derecho humano y un derecho fundamental. Esta afirmación es imprecisa; es cierto que estas dos categorías presentan bastantes similitudes, pero no son conceptos idénticos; si analizamos su contenido a partir del criterio de la adscripción y el criterio del sujeto de derecho las diferencias tornan diáfanas: existen derechos fundamentales con un radio de acción más estrecho que los derechos humanos, v. gr., el derecho al sufragio pasivo no puede ser ejercitado por un extranjero, en contrapartida, todo nacional o extranjero tiene derecho a la vida; respecto al segundo parámetro, determinados derechos humanos solo tienen por titular al ser humano, p. ej., el derecho a la integridad personal es reconocido a todas las personas naturales pero no a las personas jurídicas. En conclusión, y de acuerdo a la lingüística moderna, como no estamos ante sinónimo perfectos (que implicaría el inevitable desuso de uno de ellos) los derechos humanos sí presentan disimilitudes con los derechos fundamentales.

Concluida la disertación de Sandro, Roca refirió que el derecho a la libertad de conciencia encontraría límites cuando la vida de un menor con padres testigos de Jehová estuviera en peligro; con este acto la disertante se hace acreedora de críticas por ausencia de rigurosidad al momento de refutar por dos razones: primero, cita un caso resuelto por un tribunal mexicano, pero no refiere el número, fecha y nombre de la corporación judicial emisora (¿podría ser cualquier tribunal?); segundo, uno de los presupuestos para la aplicación de un caso a otro es la analogía de supuestos fácticos, el hecho narrado por Roca no tiene pertinencia alguna con el tema tratado por la diferencia del contexto fáctico: derecho a la vida de un menor con padres testigos de Jehová/Derechos constitucionales afectados por decretos en época pandémica.

El discurso de Sotillo también tiene defectos argumentales. Sostiene que los decretos son plenamente constitucionales, más no refirió nunca el Art. 109.II de la Constitución de Bolivia (reserva de ley); alegó que

las medidas asumidas por el ejecutivo estaban validadas por la coyuntura excepcional (pandemia), pero el autor olvida que la situación pandémica no legitima cualquiera tipo de restricción; opinar lo contrario implicaría dar rienda suelta a todo tipo de regulación: ¿por qué permitir que efectivos policiales y militares invadan los hogares de los protestantes de la vacunación para forzarlos a inocularse?, la pandemia lo exige ¿verdad?

Continuando con su exposición, Sotillo sostuvo que Bolivia en la actualidad es un Estado Comunitario por imperio del Art. 1, un modelo superador del Estado liberal en el cual el interés general o los derechos colectivos siempre deben prevalecer. Lo proferido exhibe el conocimiento no exhaustivo y parcelado del autor sobre el Constitucionalismo en general y el Constitucionalismo boliviano en particular; primero, Bolivia no solo es un Estado Comunitario, es un Estado Social, de Derecho, Democrático y Constitucional ¿Qué nos indica esto? Que el plafón ideológico de nuestra norma suprema es complejo y por ende no susceptible de ser reducido a uno solo de sus componentes; segundo, la expresión *superación* no es la más precisa: debido a que el texto constitucional reconoce derechos civiles y políticos el Estado Liberal aun estaría presente en nuestra realidad constitucional (un engranaje *complementario*), además, no es posible desligarnos de los postulados del paradigma estatal liberal en cuanto el liberalismo es uno de los *hornos de fraguado del Constitucionalismo*, como dijera el profesor Friedrich A. Hayek: “liberalismo es constitucionalismo” (Hayek, 2014, p. 433); en tercer lugar y considerando que habitamos en un Estado Constitucional, así como asevera que no hay derechos absolutos debería ser pasible de comprender que el interés general o los derechos colectivos no son absolutos, afirmar que estas categorías “siempre” deben imponerse es altamente peligroso para los derechos de naturaleza particular; no dejemos que descienda a la desmemoria el actuar despótico del dragón hitleriano (Cassin, 1967, p. 7) que cohonestó el atropello a la condición

humana, vida, dignidad y libertad de millones aduciendo el interés general del pueblo alemán:

El principio jurídico fundamental de la dictadura nazi ‘Es derecho todo lo que beneficie al pueblo’ (...), a los teóricos Nacionalsocialistas les gustaba indicar luego papel decisivo desempeñado por la venerable Corte Suprema del *Reich* al crear ‘el nuevo derecho, cuya única norma es el bienestar y la seguridad del pueblo alemán’ (Müller, 2011, p. 43-4).

En lo que atañe a la posibilidad de que un médico pueda alegar objeción de conciencia para no atender a un paciente que negó vacunarse, la opinión de Sandro amerita seria revisión. La respuesta de que debe existir un equilibrio de derechos y que es admisible, en cuanto se disponga de un reemplazo, que un médico ignore a un paciente contagiado por Covid-19 que no se vacunó es errónea; el autor confunde el fundamento ético o filosófico del derecho a la objeción de conciencia con el temor de ser contagiado en cuanto los doctores (a diferencia de una persona común), tienen una responsabilidad especial de servicio a la comunidad. La objeción de conciencia no puede ser esgrimida para desasirse de las obligaciones que se asumió al momento de elegir la profesión médica y realizar el juramento hipocrático:

En el momento de ser admitido entre los miembros de la profesión médica, me comprometo solemnemente a consagrar mi vida al servicio de la humanidad. (...) No permitiré que entre mi deber y mi enfermo vengan a interponerse consideraciones de religión, de nacionalidad, de raza, partido o clase. (Convención de Ginebra, 1945)

Por este imperativo, los médicos que esgrimieran como subterfugio el derecho de objeción de conciencia para no brindar servicio a personas contagiadas que optaron por no vacunarse incurrirían en incumplimiento de deberes. Imaginemos lo fatídico que sería una postura diametralmente antagónica: cualquier doctor destinado a

atender a pacientes con una enfermedad altamente contagiosa podría resistirse a hacerlo.

Contra esta respuesta Sotillo alegó la teoría de la ponderación del profesor Robert Alexy, la cual sería útil para la resolución de casos difíciles. El método de la proporcionalidad es un procedimiento adecuado para determinar el peso de los derechos en pugna, pero, el autor incurre en contradicción cuando se apoya en esta doctrina, en cuanto si el interés general y los derechos colectivos “siempre” prevalecen por sobre los derechos individuales la ponderación torna inviable o fútil. Otra crítica que amerita Sotillo es la forzada inclusión que pretende del tema del aborto, la eutanasia y la marihuana en un conversatorio sobre “crisis sanitaria, derechos fundamentales y vacunación obligatoria”.

En fin, una crítica a la que Sotillo, Roca y Cabrera son pasibles es la falta de rigurosidad al momento de citar estudios científicos sobre el comportamiento epidemiológico del Covid-19; estos disertantes hablaron desde “su experiencia” o afirmaron que “habrían estudios”, más ninguno citó investigaciones o autores autorizados.

9. Bien común vs. libertad

Los promotores de la vacunación obligatoria acuden –irónicamente– con frecuencia al discurso que en antaño esgrimieron los caudillos iletrados para cohonestar sus políticas: “es por el interés general”, “el bienestar general lo exige”, o “el bien común lo amerita”. Son estas categorías abstractas y genéricas las que coadyuvaron a los gobiernos a instituir restricciones (y en ocasiones invasiones) a los derechos fundamentales de las personas.

In genere son conceptos que entrañan una serie de valores indispensables para la convivencia social, pero el riesgo se presenta cuando son instrumentalizados para favorecer antojos de autoridades o

grupos sociales; entonces ¿quién es la personalidad idónea para definir qué es y cuál es el contenido del bien común o el interés general?

Tratar de definir que es interés general o bien común es toda una empresa, y cuando se emprende dicha tarea la noción resulta ambigua u oscura para el entendimiento profano; cávilese por ejemplo el concepto de bien común del profesor Miguel Tudela Fournet:

el bien común se caracteriza como un conjunto vacío que puede albergar en su interior los más diferentes conceptos –en función de las circunstancias– y cuya atención y preocupación se centra en el ámbito público, sobre el que debe recaer el beneficio producido, sin exclusión de ninguna de las partes de la sociedad. (2015, p. 200).

Después de realizar una somera prospección al entendimiento común y calificado respecto al bien común (o nociones análogas) en el país, se puede constatar que la concepción que se tiene del mismo es utilitarista, *id est*, se reduce a la siguiente fórmula: “El mayor bien del mayor número”.

Aquellos que cifran la noción de bien común a esta ideología no comprenden las nocivas consecuencias que podría generar. Bajo este prisma el bien común no es sino una *mera sumatoria de intereses individuales que justifica acciones cuanto mayor número de beneficiarios exista*; parifiquemos lo expuesto con un talante nacionalsocialista: sería provechoso –o lo mejor– sacrificar a 100 personas porque la disposición de sus órganos podría salvar a 200.

Obsérvese lo arriesgado que es otorgar un valor específico al bien común a partir de adiciones, un ejemplo similar nos lo expone el profesor Richard Stith, quien abordando el valor de la vida humana explana:

Supongamos, para exponer este argumento, que la vida humana tiene un valor infinito. Con esto quiero decir que el ser humano es

tan valioso, de un valor tan grande, que ninguna otra clase de entidad (cosa, relación o lo que sea) o combinación de entidades podría, en ningún caso, ser preferible a ese ser. Así pues, en la medida en que eligiésemos de manera racional aquello que es más valioso, nunca elegiríamos destruir dicho ser, no importa qué otras clases de beneficios pudiéramos hacer efectivos (...). Sin embargo, bien podríamos destruir tal ser por causa de la misma clase de beneficio –la vida humana–. De hecho, si nos pareciera que la vida humana es de valor infinito bien podríamos sentirnos moralmente obligados a matar cuando así se salvaran más vidas de las que se pierden. Por ejemplo, si nos encontrásemos muriéndonos de hambre en un bote salvavidas, podríamos matar a uno para comerlo y así salvar al resto. (2010, p. 191).

En corolario, ya que para nosotros cada ser humano comporta un principio, la concepción estrictamente utilitaria del bien común no es plausible, razón por la que comulgamos con la opinión del profesor John Finnis: “La vida real de una comunidad humana no es un contexto técnico limitado, y el bien común de tal comunidad no puede ser medido como un ‘agregado de bienes’, según suponen los utilitaristas” (2000, p. 242).

Para el autor citado en el bien común se halla implícito la siguiente expresión:

El bienestar de todos y *de cada uno*, en cada uno de sus aspectos básicos, debe ser considerado y favorecido en *todo* momento por los responsables de coordinar la vida común. De este modo, cuando los derechos humanos proclamados en la Declaración Universal son explicitados, y ampliados como en los subsiguientes Pactos de las Naciones Unidas, no tiene ninguna cabida una apelación al “bienestar general” *contra* el “ejercicio” de estos derechos. (Finnis, 2000, p. 243).

Posteriormente concluye: “no deberíamos decir que los derechos humanos, o su ejercicio, están sometidos al bien común, porque la efectividad de los derechos humanos es un elemento fundamental del bien común” (Finnis, 2000, p. 246).

Planteada la cuestión de esta forma algunas categorías que se exhiben como netamente particulares también son bien común (o tienen connotación colectiva), p. ej., la libertad. La libertad es un bien del que nos favorecemos una pluralidad de personas, en otros términos, es también un bien común. Ergo, limitar el derecho de autodeterminación, un bien del que se vale un conjunto ingente de personas para alcanzar los objetivos que ayuden al desarrollo de su personalidad, implica restringir una parte del bien común.

9.1. Amantes del paternalismo estatal

Pensar y exigir que el Estado tiene legitimidad para regular cualquier materia so pretexto de satisfacer anhelos de categorías genéricas (v. gr., disponer la vacunación obligatoria), devela un afecto malsano sobre sus competencias asaz próximo al apotegma mussoliniano: “Todo dentro del Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado”.

Reflexionemos las enseñanzas del profesor Julio R. Barcos sobre esta perjudicial concepción del poder estatal:

Abdicar en el Estado nuestras más íntimas convicciones filosóficas, nuestros deberes más elementales de conciencia, aceptar sin examen como artículos de fe sus errores, permanecer impasible ante sus abusos y sus iniquidades, prosternarnos antes sus dogmas autoritarios que deberemos considerar infalibles, etc., eso puede ser el ideal de un esclavo, la moral de un eunuco, el honor de un esbirro, la disciplina ideal de un guardia civil o la ciencia política de un jefe de cuartel. Pero como ética individual o colectiva es sencillamente la renunciación total de la dignidad humana, lo mismo para un ciudadano que para una nación. Ni hombres ni pueblos tan viles que acepten tal dogal merecen ser

tenidos en cuenta por nadie ni para nada. (...) Un pueblo solo es digno de ese nombre cuando está compuesto de hombres libres; solo es grande cuando el árbol de la tradición a cuya sombra se cobija se llama la Libertad. (Barcos, 1928, p. 82).

Cuanto más se permita, tolere o aliente la acción invasora del Estado sobre las libertades, menos probabilidades habrán de recuperar lo arrebatado; debemos rehuir a la omnipresencia estatal.

La misión del Estado (o mejor dicho del gobierno) no es la de copar todas las esferas de libertad que se reconoce al individuo, sino la de fomentar condiciones que favorezcan el desarrollo personal del individuo: el hombre debe poder autogestionarse y aprender a asumir la responsabilidad de sus actos.

Por la función que adscribimos al Estado, este se nos presenta como un *facilitador* de contextos idóneos para el desenvolvimiento de nuestros derechos fundamentales, y nos impele a no ser tímidos ante su poder, sino que, como refiere el profesor Norman S. Marsh, debemos: afirmar nuestra “calidad de señor del Estado” y rechazar “la de servidor” (Marsh, 1959, p. 71), de tal forma que seamos capaces de oponer nuestro *derecho a la individualidad*: derecho a ser distintos y autónomos² respecto a invasiones estatales excesivas consistentes en prácticas científicas en nuestra corporeidad. Este accionar, una obligación para personas que se jactan de ser libres, se acentúa si consideramos que algunas vacunas como Pfizer (estimada como una de las mejores del elenco) fueron ofertadas a los Estados con bastante ligereza: en octubre del año en curso el eurodiputado holandés Robert Roos preguntó a el representante ejecutiva de Pfizer ante la Comisión Especial del Parlamento Europeo: “¿Fue la vacuna de Pfizer contra la

² Nos valemos del término “derecho a la individualidad” que implica el derecho a ser distintos y autónomos del profesor Farson (2000, p. 175), pero le insuflamos un contenido disímil al suyo (en función de la relación del Estado con el individuo).

covid testada para frenar la transmisión del virus antes de ser lanzada al mercado?” (Jiménez, 2022); la respuesta fue “No”:

Respecto a la cuestión de si sabíamos si nuestra vacuna contra la transmisión del Covid era efectiva antes de que entrara al mercado, no, no lo sabíamos. Teníamos que movernos a la velocidad de la ciencia para entender lo que estaba ocurriendo en el mercado de las vacunas. (Marca, 2022).

10. La inoculación forzosa, un episodio base para la aplicación de ponderación y estándares mínimos internacionales

10.1. Sobre la ponderación

La ponderación es un dispositivo teórico para zanjar cuestiones atinentes a las limitaciones de los derechos constitucionales en pugna, que consiste básicamente, según el profesor Riccardo Guastini, en el establecimiento de: “una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto” (2007, p. 636).

Ahondando sobre la temática, el profesor Robert Alexy precisa una regla constitutiva para las ponderaciones: “Cuanta mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (2017, p. 138). Posteriormente agrega:

Esta regla expresa una ley que tiene validez para la ponderación de principios de cualquier tipo. Puede denominarse “*ley de la ponderación*”. De acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de falta de satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro. Ya en la definición del concepto de principio, mediante la cláusula “relativo a las posibilidades jurídicas”, aquello que el respectivo principio ordena, se relacionó con aquello que ordenan los principios contrapuestos. La ley de la ponderación expresa en qué consiste esta relación. Pone claramente de manifiesto que el

peso de los principios no es determinable en sí mismo o de forma absoluta, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos. (Alexy, 2017, p. 138).

Continuando con el desarrollo doctrinal, asevera que la Ley de ponderación es idéntica al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Un criterio análogo puede observarse en el profesor Aharon Barak, quien arguye que:

Este test requiere una ponderación de los beneficios obtenidos por el público y la vulneración causada al derecho fundamental con ocasión del uso de los medios seleccionados por la ley para la obtención del fin adecuado. En consecuencia, este es un test que pondera los beneficios y la vulneración al derecho fundamental. (2017, p. 375).

Con base al *iter* teórico trajinado es plausible aplicar la ponderación al objeto de investigación abordado con mayores dimensiones que la que le brindó Sotillo en la conferencia de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (una mera referencia).

En primer orden debemos identificar las posiciones encontradas: (A) derecho a la autodeterminación personal, dignidad Humana, derecho a la no discriminación, principio de inviolabilidad y respeto de los derechos fundamentales; y (B) salud pública e interés colectivo. Es una situación harto compleja, en cuanto ambos bandos poseen categorías de capital importancia para el adecuado funcionamiento de la vida estatal.

En segundo lugar, definamos el contexto: emergencia sanitaria a nivel nacional; y el recurso escogido para contrarrestar los efectos nocivos: la inoculación forzosa de la población subrepticamente dispuesta por decretos.

Limitando el análisis a este capítulo del complejo proceso de proporcionalidad, las medidas asumidas *in limine* no satisfacen los

aspectos de forma o procedimiento, ya que se infringió el principio de reserva de ley (dispositivo idóneo para las disposiciones de limitaciones de derechos de rango constitucional), optándose por preceptos emanados del órgano ejecutivo para tan osada intervención en la corporeidad humana.

La alegación de protección de la vida, salud pública e interés colectivo *a prima facie* se exhibe como un argumento sólido, empero, el mecanismo dispuesto para tutelarlos (vacunación obligatoria velada) no era idóneo: el Estado no publicó respecto de las vacunas ofertadas ningún estudio científico que respalde la efectividad de las mismas para evitar la muerte o disminución del número de contagios (la propaganda por medios televisivos no es suficiente); y todas las vacunas tiene el estatus de “uso en emergencia” (por la presión política, y probablemente comercial, que aceleró su producción).

A esta crítica debe sumarse la carente objetividad del gobierno, por cuanto no se pudo observar estadísticas respecto al número de muertos y contagios reportados por personas inoculadas.

Es verídico que las categorías referidas son de honda importancia constitucional, pero los derechos y principios afectados también lo son; por las razones expuestas, juzgo que los decretos de vacunación obligatoria por medio decretos no resisten un análisis desde la ley de ponderación: el grado de no satisfacción del derecho a la autodeterminación personal, derecho a la dignidad humana, así como –por el carácter sistémico de los derechos– del derecho a la no discriminación y principios de inviolabilidad y respeto, no justifica la optimización del Derecho a la salud pública o colectiva e interés colectivo, en cuanto la importancia de la deficiente satisfacción brindada a las mismas por la medida dispuesta no es mayor al grado de afectación sufrido –el número de decesos y contagios continuó *in crescendo*, y los efectos nocivos en la corporeidad de algunas personas fue minusvalorada–.

Si analizamos la cuestión desde el enfoque de Barak, test de ponderación entre beneficios y vulneración, la situación no varía: los beneficios reportados fueron relativamente reducidos (menores cifras de muertos y contagiados) en comparación a las vulneraciones causadas, que motivaron protestas ciudadanas públicas donde se congregaron considerable cantidad de personas propensas al contagio.

Ergo, en el marco del test de ponderación, y presuponiendo que habitamos un Estado Constitucional respetuoso del derecho a la libertad (que entraña el derecho a la autodeterminación), y que juzga que sus ciudadanos deben asumir compromisos de prevención ante enfermedades por iniciativa propia y no por espoleo de un paternalismo estatal insano; los decretos del Presidente Arce no son constitucionales.

10.2. Sobre los estándares interamericanos de protección de derechos

Cambiamos de visores, de lo constitucional a lo convencional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de una frondosa actividad pretoriana, ha desarrollado según los profesores Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Carlos María Pelayo Möller un:

Test, fundamentado en la interpretación de los artículos 30 y 32 de la CADH. A grandes rasgos, la Corte IDH ha considerado que las restricciones son legítimas cuando: (i) están previstas por la ley, a partir de lo dispuesto en el artículo 30 de la Convención; (ii) responden a un objetivo legítimo permitido por la CADH de acuerdo con el artículo 32 (...). (iii) Finalmente, las restricciones deben ser necesarias y proporcionales en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. (2019, p. 895).

Aplicando los 3 parámetros precisados el resultado es asaz similar al vertido en el subcapítulo precedente: los decretos del órgano ejecutivo colisionan con el primer ítem del test, en cuanto no provienen del órgano legislativo nacional del Estado: la Asamblea Legislativa

Plurinacional; omitiendo el aludido elemento, el segundo es legítimo, ya que la salud pública e interés colectivo (o bien común) son amparados por la convención; no obstante, el tercer criterio –que amerita sumo cuidado– también es incumplido.

Este componente del test requiere un análisis responsable, de efectuarlo se verifica que los decretos de vacunación obligatoria subrepticia no lo satisfacen porque: a) la medida no fue necesaria, pudo haberse escogido restricciones menos nocivas al derecho a la autodeterminación personal (y los conexos) para paliar los efectos del Covid-19: mayor campaña de bioseguridad respecto al lavado de manos, portar sustancias sanitizadoras, distanciamiento y no aglomeración social, entre otros; b) si el instrumento normativo escogido no es necesario y (como observamos en el apartado previo), tampoco tiene fundamento para ser optimizado en desmedro de otros bienes constitucionales de primera importancia, no es proporcional, ya que estos son componentes de ella; c) el órgano ejecutivo no obró conforme a una sociedad democrática, si reputamos a esta como una forma de organización respetuosa de la libertad y tolerante del pensamiento disidente, dispuesta al diálogo y debate público cuando se trate de implementar políticas rigurosas para con la primera propiedad del individuo: su cuerpo.

Por tanto, dado que se incumplen diversas categorías del test interamericano para limitar legítimamente los derechos humanos, los decretos de inoculación forzosa subrepticia del órgano ejecutivo boliviano son inconvencionales.

11. Hipocresía de los gobiernos

Las charlas cotidianas y las redes sociales se inundaron durante un periodo considerable de críticas en contra de aquellos que protestaron contra la obligatoriedad de las vacunas, más los comentarios respecto

al comportamiento de las autoridades en época de emergencia sanitaria fueron escasos o desatendidos.

Los gobernantes, aquellos que fueron los primeros en exigir que toda la población se vacune, obraron de formas no acordes con sus discursos en pro de la inoculación; v. gr., el burgomaestre Iván Arias, que exigía a la población vacunarse con prontitud (incluyendo a niños) promulgó en marzo de presente la “Ley por la protección de la salud pública”, que preceptuó la obligatoriedad de portar y exhibir el carnet de vacunación anticovid para ingresar a sitios públicos y comerciales (2022).

De leerse la mentada legislación se podrá constatar que tiene un tenor análogo a los decretos emitidos por el ejecutivo nacional. Por esta razón, las reacciones no demoraron, el 30 de marzo la bancada del MAS en el Concejo Municipal de La Paz, analizó la posibilidad interponer una acción de inconstitucionalidad en su contra porque a criterio de Roxana Pérez del Castillo: “es una ley absolutamente inconstitucional, vulnera la libertad, no solamente de autodeterminación. Es fundamental que tengamos libre tránsito” (Opinión, 2022).

Es probable que esta noticia haya inquietado al Alcalde promotor de la inoculación forzosa, pero podría este emitir juicios de reproche cuando en lugar de exhibir un ejemplo acorde a sus ideales, permite la celebración de las fiestas de carnaval limitándose a expresar: “No arruinemos nuestros permisos de carnaval, actuemos con mesura con lo que se llama responsabilidad” (Los Tiempos, 2022). La moderación en los festejos de la festividad referida fue notoria, no es menester expresar mayores reproches; no saciando este evento su deseo de baile, en julio de año en curso se lo observó disfrutar de la danza saya y, para gozar apropiadamente el momento, lo hizo sin medidas de bioseguridad y sin distanciamiento social (Gente, 2022).

Empero, La Paz no es el único departamento acreedor de la crítica formulada, Cochabamba también realizó actos no acordes con la política de la vacunación obligatoria. Continuando con la campaña de medidas de bioseguridad como necesarias para evitar mayores contagios y decesos, el COED (Comité de Operaciones de Emergencia Departamental) autorizó en febrero la celebración del “Carnaval Inseguro” y determinó que en el mismo debía prohibirse consumo de bebidas alcohólicas y portar carnet de vacunación (Los Tiempos, 2022).

La expresión “carnaval bioseguro”, en tiempos de vigencia del Covid-19, es un mero oxímoron diseñado para dar la aquiescencia a un evento que conlleva en sí mismo el abuso de consumo de bebidas alcohólicas y por ende el incumplimiento de pautas de bioseguridad.

Lo hasta ahora narrado es digno de crítica, no obstante, la censura debe exacerbarse cuando tratamos de fechas cívicas. Los actos en honor al 6 de agosto, una fecha donde todos los bolivianos tenemos el deber de recordar como el día que representa el ejercicio de nuestro derecho a la autodeterminación como nación independiente, fueron suspendidos en Cochabamba por determinación de la Gobernación a causa del realce de casos de contagios por Covid-19 (Opinión, 2022).

Irónicamente la falsía de las autoridades quedó al descubierto cuando, en menos de un mes de la alerta por los ascensos de casos de Covid-19, se dio la venia para la celebración de la festividad de Urkupiña, un evento que según el presidente de la asociación de conjuntos folklóricos local René Valdez tenía alrededor de 50.000 bailarines y casi 12.000 músicos (El País, 2022).

Para aminorar la crítica al departamento de Cochabamba, puede alegarse que no fue el único en dictar la suspensión de eventos cívicos por el 6 de agosto, y que en él –a pesar de la determinación de la Gobernación– se realizó una pluralidad de eventos cívicos por su aniversario.

Juzgo pertinente que los hechos descritos sean cavilados por los ciudadanos, para que reconsideren su afecto a fechas nacionales de crucial trascendencia política, y por las autoridades públicas, para que estas sean más consecuentes con sus posturas de obligatoriedad de ciertas medidas de bioseguridad, sean de orden nacional, departamental o municipal.

12. Conclusiones

El Covid-19 es la primera pandemia en ostentar un potencial de difusión y mortandad de tal magnitud que obligó a todos los Estados del mundo a disponer el confinamiento como medida de bioseguridad para frenillar su avance. A causa de lo mencionado, y como la vida socioeconómica no podía ser interrumpida por periodos prolongados, comenzó la carrera farmacéutica para la fabricación de medicamentos que sirvieran para atenuar los efectos de la pandemia. Fue entonces que se priorizó la confección de una vacuna contra el Covid-19.

Una vez validadas bajo el rótulo de “uso en emergencia”, se generó una disyuntiva para los gobiernos: ordenar la inoculación forzosa, u ordenar campañas de vacunación para que las personas de forma voluntaria se la suministren. Como ya se precisó en el desarrollo capitular, fueron pocos los Estados que exigieron de forma explícita y categórica la vacunación obligatoria, otros optaron por normas que de manera subrepticia e indirecta forzaron a la inoculación.

Los Decretos 4640 y 4641, ambos de 22 de diciembre de 2021, emitidos por el órgano ejecutivo en Bolivia prefirieron la segunda variante de regulación. Mediante estas disposiciones se obligaba a las personas a vacunarse, ya que de no hacerlo no podrían acceder a determinados espacios públicos y privados sin el carnet de vacunación, lo que su vez significó una acentuación desmedida de la cualidad coercitiva. Ante el temor de ver perjudicados su movilidad muchas personas no tuvieron más alternativa que inocularse.

Por lo referido los Decretos 4640 y 4641 vulneraron el derecho a la autodeterminación de la persona, porque se inmiscuía con desmedida en el foro de decisión íntimo de cada ciudadano: el derecho a la dignidad humana, por cuanto instrumentalizaba al ser humano en favor del sistema público de salud; y el derecho a la no discriminación, porque provocaron la escisión de la población en dos bandos: los pro vacunas, que menospreciaban a los denominados antivacunas. Siguiendo el discurso trazado, también se lesionaron determinados principios constitucionales, como los principios de inviolabilidad, interdependencia y respeto de los derechos fundamentales, ya que no velándose por su integridad, los derechos señalados con antelación fueron ignorados sistemáticamente por el gobierno; y el principio de reserva de ley, pues las autoridades públicas olvidaron que si bien la normas constitucionales los habilitan a instituir límites a los derechos constitucionales, el aludido principio constituye una previsión para su obrar en materia de derechos fundamentales: solo mediante ley serán válidas determinadas restricciones.

En función del último principio se formuló una interrogante: ¿si las restricciones dispuestas a los derechos afectados por la inoculación forzosa fueran dispuestos por ley, estas serían constitucionales?; juzgamos que no, porque hay ámbitos de libertad que no pueden ser cercenados por ley alguna. Si se elaborara una ley mediante canales propios de un régimen democrático –en particular de la democracia deliberativa– consideramos que esta tendrá autoridad (aquiescencia formal), más no legitimidad (aquiescencia material), en cuanto afecta de manera excesiva el derecho a la autodeterminación.

Como el aparato gubernamental no respetó la capacidad que tienen las personas de asumir decisiones con base a detenidas cavilaciones, la respuesta a su accionar fueron protestas con petitorios de abrogación en diferentes departamentos.

Hubo una amplia difusión mediática sobre la necesidad de inocularse, pero la propaganda respecto a los derechos fundamentales afectados

fue escasa o nula. De ser objetivos y si se hubieran tomado en serio los derechos constitucionales, canales de televisión, radio y redes sociales (públicos y privados) habrían realizado la publicidad no solo de la vacunación, sino también de los derechos constitucionales y el contenido pertinente de la Declaración Universal sobre Bioética.

Con el propósito de suplir la falencia informativa advertida y la necesidad de comunicar a la población sobre temáticas jurídicas atinente al contexto de emergencia sanitaria, una pluralidad de instituciones efectuó conversatorios y debates sobre la validez de la inoculación forzosa. Así lo hizo la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, el 14 de enero de 2022, con su conferencia “Crisis sanitaria, derechos fundamentales y vacunación obligatoria”; de nuestra parte tuvimos la oportunidad, junto al Dr. Elías Rocha Kahlil, de verter algunas opiniones sobre el tema en el Conversatorio “Analizando la obligatoriedad de las vacunas”, un evento organizado por Praxis Académica de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, el 5 de febrero de 2022.

El primer acaecimiento académico resultó llamativo e ilustrativo por las razones expuestas, pero esto no impidió que pecara de conceptos absolutos (afirmaron de consuno que los derechos humanos y los derechos fundamentales son lo mismo, y que ninguno de ellos es absoluto), y argumentos sesgados (algunos autores omitieron en defensa de su postura hacer mención de ciertos principios constitucionales, verbigracia la reserva de ley), o insuficientes (ninguno refirió la Declaración Universal de Bioética). A pesar de lo mencionado su realización fue provechosa para poder presenciar la confrontación de discursos a favor y en contra de la inoculación forzosa.

Entre las razones que se esgrimió para cohonestar la vacunación obligatoria estuvo la apelación al bien común (para otros bienestar general o interés público), arguyendo que los derechos individuales deben ceder en su favor porque no podría subordinarse el interés

colectivo por el interés particular. Se puede colegir que la concepción común de los autores que se guarecieron bajo este concepto es meramente utilitaria, será bueno aquello de beneficie al mayor número posible.

En contrapartida, nosotros nos apegamos a la noción de bien común del profesor John Finnis, ya que es más compatible con los derechos humanos. En función del autor citado, podemos afirmar que el bien común no es una *simple suma de intereses particulares*, sino que es un concepto abstracto de ardua definición que congloba categorías disímiles (principios, valores, derechos) que hacen posible el goce efectivo de nuestros derechos; desde este prisma el derecho a la autodeterminación es un bien común o un interés general en cuanto una pluralidad de sujetos lo esgrimen para orquestar su vida de la forma que mejor satisfaga sus intereses en el marco constitucional, *id est*, beneficia a una colectividad.

Se exhortó que se debe tener sumo cuidado con este tipo de categorías constitucionales, ya que al ser su contenido abstracto y genérico este puede ser manipulado en *pro domo sua* del gobierno o grupos sociales en lugar del pueblo. Por este móvil hemos considerado peligroso apelar al Estado para que regule cuanto pueda nuestras esferas de libertad; aquellos que alienten y presten su venia en favor de restricciones legales o reglamentarias que intervengan nuestro ámbito íntimo de decisión y nos instrumentalicen en provecho del sistema de salud, no son sino amantes del paternalismo estatal: forma de regulación social donde los gobernantes estiman que el pueblo es un mero asociado político inmaduro, razón por la que no resulta necesario escuchar su parecer en asuntos de envergadura sociopolítica.

Ensanchar los ámbitos de injerencia estatal no resulta compatible con la matriz del constitucionalismo en cuanto una de sus raíces es el liberalismo. Asimismo, no es coherente permitir intromisiones indebidas por parte de agentes que predicán un ideal (necesidad de obligatoriedad de inocularse para prevenir mayores contagios), pero

transitan a contrapelo (permiten e incluso asisten a celebraciones multitudinarias sin protocolos de bioseguridad, escudándose en ocasiones con oxímoron).

Concluida las reflexiones nos corresponde ofrecer respuesta a la interrogante del epígrafe de nuestro estudio: ¿Es la inoculación forzosa una vía constitucional o inconstitucional para bregar contra el Covid-19 y futuras pandemias o epidemias? Opinamos que no. Nuestra posición es producto de la patente incompatibilidad de esta medida de bioseguridad con el derecho a la autodeterminación, derecho a la dignidad, derecho a la no discriminación y otros derechos y principios de rango constitucional.

Si vivimos en un Estado Constitucional somos acreedores del derecho a la individualidad, que implica el derecho a ser distintos y autónomos. Si combinamos la esencia del derecho precisado con las particularidades del derecho a la protesta y el contexto democrático que nos rige, se asoma a nuestra vista una facultad apropiada para lidiar contra un Estado y grupos sociales promotores de la vacunación obligatoria: *el derecho a disentir*.

Antes de ingresar al párrafo final permítasenos efectuar una reflexión y aclaración terminológica. El calificativo “pro vacunas”, utilizado para referirse al Estado, grupos sociales y particulares que estiman como apropiada y necesaria la vacunación obligatoria, es acertado porque exhibe el afecto que tienen respecto a ella; la expresión “antivacunas”, en cambio, es incorrecta para rotular a todas aquellas instituciones y personas que rechazaron los Decretos 4640 y 4641 –y normativa semejante–, por cuanto los sectores sociales que se movilizaron para exigir su abrogación no lesionaron a personas pro vacunas en su trayecto o destruyeron los suministros de vacunas en hospitales. Quizás el epíteto adecuado sería “protestantes”, ya que emplean su derecho a disentir para no permitir intrusiones arbitrarias en su ser y el de sus familias.

En razón de lo fundamentado, y valiéndonos de las palabras proferidas y plasmadas en los carteles que enarbolaron los protestantes de la inoculación forzosa en las marchas en contra de los Decretos 4640 y 4641, es que resultante conveniente concluir el trabajo transcribiendo algunas de ellas: «No estamos en contra de las vacunas, estamos en contra de la imposición...», «No somos antivacunas, exigimos respeto a la Constitución».

13. Referencias

- Alexy, R. (2017). *Teoría de los derechos fundamentales*. 2da ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arciniegas, Y. (2020, 8 de julio). Aumentan los cadáveres abandonados en las calles de Cochabamba, Bolivia. *France24*. <https://www.france24.com/es/20200707-colapso-funerario-cochabamba-bolivia-cadaveres-abandonados>
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad, los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra.
- Barcos, J. (1920). *Cómo educa el Estado a tu hijo* (Segunda ed.). Buenos Aires: Editorial Acción.
- Böhrt, C. (2010). Introducción al nuevo sistema constitucional boliviano. En *Miradas. Nuevo texto constitucional*. (pp. 37-67). La Paz: Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello.
- Cassin, R. (1967). Veinte años después de la Declaración Universal. *Revista de Comisión internacional de juristas*, VIII(2), 1-19.
- Chambi, F. (2020, 14 de octubre). Los hospitales de Evo Morales que no han servido en la pandemia. *Salud con Lupa*. <https://saludconlupa.com/series/la-segunda-ola/los-hospitales-de-evo-morales-que-no-han-servido-en-la-pandemia/>
- Consejo Nacional de Reducción de Riesgos y Atención de Desastres. (2020). *Resolución 02/2020* de 11 de marzo de 2020.
- Cruz, R. (2021). *Ensayos de derecho constitucional y procesal constitucional*. Cochabamba: Estandarte de la Verdad.
- Cué, F. (2020, 15 de abril). Castigada por el Covid-19, Guayaquil no tiene espacio “ni para vivos ni para muertos”. *France24*. <https://www.france24.com/es/20200414-covid19-ecuador-guayaquil-castigada-espacio-vivos-muertos>
- Constitución Política del Estado [CPE]. 7 de febrero de 2009 (Bolivia).

- Declaración Universal sobre Bioética y derechos humanos. 19 de octubre 2005.
- Decreto Ejecutivo 43249-S de 2021. Por el que se dispone la obligatoriedad de la vacunación de los que habitan en la república costarricense. 7 de octubre de 2021(Costa Rica).
- Decreto Supremo 4179 de 2020. Por el que se declaró la situación de emergencia nacional ante el brote de coronavirus. 12 de marzo de 2020 (Bolivia).
- Decreto Supremo 4190 de 2020. Por el que se suspendió vuelos directos desde y hacia Europa. 13 de marzo de 2020 (Bolivia).
- Decreto Supremo 4192 de 2020. Por el que se dispuso una serie de medidas de contención y prevención contra el coronavirus en todo el territorio. 16 de marzo de 2020 (Bolivia).
- Decreto Supremo 4196 de 2020. Por el que se confirmó la declaratoria de emergencia y declaró cuarentena en todo el país. 17 de marzo de 2020 (Bolivia).
- Decreto Supremo 4640 de 2021. Por el que se fortaleció la cobertura de vacunación modificando una serie de normas e incluyendo el deber de portación del carnet de vacunación con esquema completo. 22 de diciembre de 2021 (Bolivia).
- Decreto Supremo 4641 de 2021. Por el que se implementó el carnet de vacunación contra el Covid-19 como documento oficial. 22 de diciembre de 2021 (Bolivia).
- Estlund, D. (2011). *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Farson, R. (2000). Bill of Rights. En *La humanidad del año 2000*. Caracas: Monte Ávila Editores C. A.
- Ferrer, E. & Pelayo, C. (2019). Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos. En C. Steiner y M. Fuchs (Eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (Segunda ed.) Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.

- Guastini, R. (2007). Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. *Palestra del Tribunal Constitucional*, 2(8), 631-637.
- Hayek, F. (2014). *Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión Editorial.
- Hernández, R. (2007). *Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional. Constitución y derechos humanos*. Cochabamba: Kipus.
- Huguet, G. (2022). *Grandes pandemias de la historia*. Historia. National Geographic. https://historia.nationalgeographic.com.es/a/grandes-pandemias-historia_15178
- Jiménez, J. Reflexiones sobre el imperio del derecho. *Revista de Comisión internacional de juristas*, IV(2), 299-306.
- Jost, S., Rivera, J., Molina, G. y Cajías, F. (2003). *La constitución política del estado. Comentario crítico*. La Paz: Konrad Adenauer Stiftung.
- Kant, I. (2002). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. España: Alianza.
- Ley 3300 de 2005. Por la cual se dispone la obligación de los habitantes a someterse a la inmunización contra enfermedades prevenibles. 12 de diciembre de 2005 (Bolivia).
- Ley 1359 de 2021. Por la cual se regula el establecimiento de medidas de protección ante emergencias sanitarias. 17 de febrero de 2021 (Bolivia).
- Ley Por la Protección de la Salud Pública en el Municipio de Nuestra Señora de La Paz de 2022. Por la que se regula la presentación del carnet de vacunación anticovid en La Paz. 30 de marzo de 2022 (Bolivia).
- Marsh, N. (1959). *El imperio de la ley en las sociedades libres*. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas.
- Mena, M. (2022, 8 de febrero). COVID-19: ¿en qué países es obligatorio vacunarse? *Statista*. <https://es.statista.com/grafico>

/25317/paises-que-imponen-la-vacunacion-contr-la-covid-19/

- Ministerio de Salud. (2021). *Lineamientos de obligatoriedad de la vacunación contra SARS CoV-2 de 2021* (Ecuador).
- Ministerio de Salud y Deportes. (2022). *Bolivia iniciará en septiembre la transición hacia la fase pos confinamiento y de vigilancia comunitaria*. <https://www.minsalud.gob.bo/es/4559-bolivia-iniciara-en-septiembre-la-transicion-hacia-la-fase-pos-confinamiento-y-de-vigilancia-comunitaria> (Bolivia)
- Miranda, B. (2020, 20 de mayo). Coronavirus en Bolivia: un escándalo por la compra de respiradores provoca la destitución del ministro de Salud. *BBC New Mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52747870>
- Müller, I. (2011). *Los juristas del horror. La “justicia” de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás*. Bogotá: Alvaro-Nora.
- Niembro, R. (2017). *La justicia constitucional de la democracia deliberativa* [Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid].
- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea.
- Organización Mundial de la Salud. (2022). *Enfermedad por el coronavirus (COVID-19): Vacunas*. [https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-\(covid-19\)-vaccines?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=Cj0KCCQjwyMiTBhDKARIsAAJ-9VvZDjVYhvIPt6c7eRrEZMc_QEtkdjTQnYH3aGkAktNJM_795y8c5EEaAjyEEALw_wcB](https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-(covid-19)-vaccines?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=Cj0KCCQjwyMiTBhDKARIsAAJ-9VvZDjVYhvIPt6c7eRrEZMc_QEtkdjTQnYH3aGkAktNJM_795y8c5EEaAjyEEALw_wcB)
- Pérez, A. (1988). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Reale, M. (1997). *Teoría tridimensional del derecho. Una visión integral del derecho*. Madrid: Tecnos.

- Real Academia Española. (s.f.). Autodeterminación. En *Diccionario de la lengua española*.
<https://dle.rae.es/autodeterminaci%C3%B3n>
- Redacción. (2020, 5 de agosto). Bloqueos violentos frenan el tránsito de insumos sanitarios. *Página Siete*.
<https://www.paginasiete.bo/nacional/bloqueos-violentos-frenan-el-transito-de-insumos-sanitarios-NHPS263538>
- Redacción. (2021, 20 de abril). El constitucional suspende la ley gallega que obliga a vacunarse contra el covid. *El Periódico*.
<https://www.elperiodico.com/es/sanidad/20210420/constitucional-suspende-ley-gallega-vacunacion-covid-11669426>
- Redacción. (2021, 3 de junio). Se agrava la crisis del oxígeno, en Santa Cruz y Oruro bloquean. *Página Siete*.
<https://www.paginasiete.bo/sociedad/2021/6/3/se-agrava-la-crisis-del-oxigeno-en-santa-cruz-oruro-bloquean-297010.html>
- Redacción. (2021, 6 de noviembre). Covid-19: Costa Rica se convierte en el primer país que hace obligatoria la vacuna para niños. *BBC New Mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-59188277>
- Redacción. (2021, 23 de noviembre). ¿Vacunación COVID obligatoria en México? Esto dice AMLO. *El Financiero*.
<https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2021/11/23/vacunacion-covid-obligatoria-en-mexico-esto-dice-amlo/>
- Redacción. (2021, 7 de diciembre). Vacunas obligatorias, COVID-19, exportaciones de América Latina... Las noticias del martes. *Naciones Unidas*. <https://news.un.org/es/story/2021/12/1501052>
- Redacción. (2022, 1 de enero). Cuatro sectores sociales rechazan el carnet de vacunación y amenazan con movilizaciones. *ANF*.
<https://www.noticiasfides.com/nacional/sociedad/cuatro-sectores-rechazan-el-carnet-de-vacunacion-y-amenazan-con-movilizaciones-413147>
- Redacción. (2022, 11 de enero). Miles marchan en La Paz en rechazo a carné de vacunación contra el covid-19. *France24*.

<https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20220111-miles-marchan-en-la-paz-en-rechazo-a-carn%C3%A9-de-vacunaci%C3%B3n-contra-el-covid-19>

Redacción. (2022, 14 de enero). La Corte Suprema de EE. UU. pone fin al mandato de vacunación de Biden. *France24*. <https://www.france24.com/es/ee-uu-y-canad%C3%A1/20220114-justicia-eeuu-suspension-mandato-vacunas-biden>

Redacción. (2022, 10 de febrero). COED autoriza “Carnaval bioseguro” bajo responsabilidad de los municipios. *Los Tiempos*. <https://www.lostiempos.com/actualidad/cochabamba/20220210/coed-autoriza-carnaval-bioseguro-responsabilidad-municipios>

Redacción. (2022, 15 de febrero). La Paz: Arias pide medida en los festejos del Carnaval. *Los Tiempos*. <https://www.lostiempos.com/doble-click/espectaculos/20220215/paz-arias-pide-medida-festejos-del-carnaval>

Redacción. (2022, 30 de marzo). MAS alerta con recurso de inconstitucionalidad para ley del carnet de vacuna en La Paz. *ANF*. <https://www.noticiasfides.com/la-paz/mas-alerta-con-recurso-de-inconstitucionalidad-para-ley-del-carnet-de-vacuna-en-la-paz-414551>

Redacción. (2022, 20 de julio). Baile de Iván Arias se hace viral en las redes. *Gente*. <https://gente.bo/baile-de-ivan-arias-se-hace-viral-en-las-redes/>

Redacción. (2022, 21 de julio). Gobernación suspende los actos cívicos del 6 de Agosto. *Opinión*. <https://www.opinion.com.bo/articulo/cochabamba/gobernacion-suspende-actos-civicos-6-agosto/20220720223525874199.html>

Redacción. (2022, 11 de octubre). Una ejecutiva de Pfizer confiesa que no sabían si su vacuna era efectiva contra el Covid cuando la vendieron: “Teníamos que movernos rápido”. *Marca*. <https://www.marca.com/tiramillas/actualidad/2022/10/11/63459404e2704e76828b45a6.html>

- Romero, M. (2021, 5 de enero). Colapso hospitalario en Los Ángeles obliga a limitar las ambulancias y racionar el oxígeno. *France24*. <https://www.france24.com/es/estados-unidos/20210105-colapso-hospitalario-los-angeles-ambulancias>
- Stith, R. (2010). La prioridad del respeto: cómo nuestra humanidad común puede fundamentar nuestra dignidad individual. *Persona y Derecho*, (62), 181-210.
- Skinner vs. Oklahoma Ex rel. Williamson, Attorney General. (1942).
- State of Missouri vs. Holland, United States Game Warden. (1920).
- States vs. Lee. (1822)
- Torovsky, R. (1962). La libertad de salida de un país. *Revista de Comisión internacional de juristas*, IV(1), 76-108.
- Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional SCP Núm. 0910/2014 de 4 de mayo de 2014.
- Tudela, M. (2015). *Neo-republicanismo instrumental y su interpretación de la tradición republicana: bien común frente a libertad como valor fundamental* [Tesis de Doctorado, Universidad Autónoma de Madrid].

Página dejada intencionalmente en blanco

Para una comprensión de las fuentes jurídicas

For an Understanding of the Sources of Law

DIEGO TEJADA MARTINEZ*

Recibido: 24 de febrero de 2023

Aceptado: 31 de marzo de 2023

Resumen

Esta investigación proporciona herramientas conceptuales de análisis para abordar la comprensión de la doctrina de las fuentes del derecho: a partir del eje conceptual *fuentes del derecho-unidad del derecho-práctica jurídica* se alcanza un entendimiento de las tradicionales fuentes jurídicas que revela su vital importancia para la práctica jurídica e intelección de derecho como un fenómeno constitutivamente unitario y práctico. Finalmente, con base en el análisis del Artículo 410 de la Constitución de Bolivia, se explicita el fenómeno legal que hoy en día domina la producción de las normas jurídicas y sin el cual ya no es posible comprender cabalmente la teoría clásica de las fuentes del derecho; nos referimos al conjunto de normas constitucionales (la

* Docente, estudió Derecho en la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” (UCB) y Filosofía en la Universidad Mayor de San Andrés (UMSA). Hizo una Maestría en Filosofía y Ciencia Política en el Posgrado en Ciencias del Desarrollo (CIDES-UMSA).

ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-4265-0513>

Contacto: dtejada@ucb.edu.bo

Revista de Derecho de la U.C.B. – *U.C.B. Law Review*, Vol. 7 N° 12, abril 2023, pp. 117-169 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.20231286>

Constitución) como primera fuente jurídica; o en otros términos: la incidencia radical que tiene el proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos en la comprensión de las fuentes del derecho.

Palabras clave: fuentes del derecho/ norma jurídica / práctica jurídica / unidad del derecho / seguridad jurídica / teoría clásica / fuente jurídica formal / fuente jurídica material / Constitución.

Abstract

This research provides concept analysis tools to approach the understanding of the doctrine of the sources of law: from the conceptual axis *sources of law-unit of law-legal practice*, an understanding of the traditional sources of law is reached, revealing their radical significance for legal practice and understanding of law as a constitutively unitary and practical phenomenon. Finally, based on the analysis of the Article 410 of the Bolivian Constitution, the legal phenomenon that today dominates the production of legal norms is made explicit and without which it is no longer possible to fully understand the classical theory of the sources of law; we refer to the set of constitutional norms (the Constitution) as the first source of law; or in other terms: the radical incidence that the process of constitutionalization of legal systems has on the understanding of the sources of law.

Keywords: sources of law / legal norm / legal practice / unit of law / legal security / classical theory / formal source of law / material source of legal / Constitution

1. Introducción

Este trabajo recorre una temática percibida (muchas veces) como ‘demasiado elemental’ y de relativa utilidad para la práctica y

entendimiento del fenómeno jurídico; en consecuencia, algo que merece poca atención en el proceso de aprendizaje e inteligencia del derecho: nos conformamos simplemente con repararlo y abordarlo de modo superficial, pero no vemos la necesidad de profundizar en su conocimiento. No obstante, y muy a pesar de esta común opinión, las fuentes jurídicas son siempre objeto de detenido discernimiento en la filosofía del derecho, que no las visualiza como algo a ser ‘superado’ y, al contrario, hace de ellas un concepto ‘demasiado fundamental’ para la aprehensión plena del derecho (y quizás, por ser considerado un problema propio de filósofos, cuando no son reducidas a un mero conjunto de conocimientos básicos, la opinión general las tiene por algo que resulta mejor esquivar).

Nuestra opinión es la siguiente: no hagamos de las fuentes jurídicas una mera enumeración (la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho), que pase por alto sus profundas diferencias y la razón de ser de cada una de ellas; más bien, tomemos a nuestro cargo la pesada tarea de caracterizarlas y detallarlas en su ser y, sobre todo, asumamos que su indagación (a pesar de su innata dificultad filosófica) reporta utilidad para la práctica jurídica y una clara respuesta para una intelección más precisa del derecho (esto es, entender al derecho como una sola unidad en la práctica jurídica).

Se trata, en suma, de poner en evidencia que el estudio de las fuentes jurídicas es algo realmente sustancial; vale decir: brindar argumentos que nos hagan caer en cuenta de que las fuentes del derecho son la razón necesaria y suficiente de la práctica jurídica y, por consiguiente, la piedra de toque para inteligir la constitutiva unidad y practicidad del fenómeno jurídico (esto es, visualizar al derecho como un fenómeno unitario cuya *causa final* consiste en generar soluciones que resuelvan problemas jurídicos con toda la fuerza del derecho).

Por lo tanto, esta investigación recorrerá (en primera instancia) dos momentos: uno, establecer la relación entre las fuentes del derecho y la práctica jurídica y, a partir de esto, la relación que existe entre las

fuentes del derecho y la idea de la unidad del derecho en la práctica jurídica; dos, y según la idea previa, distinguir cada una de las clásicas fuentes jurídicas, es decir: profundizar en la comprensión de cada una de las fuentes jurídicas que componen la tradicional doctrina de las fuentes del derecho con base en la idea de la unidad del derecho en la práctica jurídica. Sólo así, pues, podremos obtener una comprensión de las fuentes del derecho que nos dé cuenta de su vital importancia para la práctica e intelección de fenómeno jurídico.

Podemos notar, sin embargo, que algo extraño sucede también con la teoría clásica de las fuentes del derecho: su enumeración no hace mención alguna a la Constitución; la teoría clásica no parece tener en mente el fenómeno (dominante en el mundo occidental) de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y actúa como si las fuentes jurídicas no tuviesen relación alguna con las normas constitucionales. ¿Acaso es posible que el proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos no tenga incidencia alguna en la producción del derecho? ¿Es probable que la Constitución no llegue, hoy en día, a ser la primera fuente del derecho?

Debemos, pues, hacer explícita (en segunda instancia) la relación que existe entre el origen del derecho y las normas constitucionales, y la crucial dependencia de las clásicas fuentes jurídicas respecto a la Constitución. O propuesto de otra forma: corresponde ampliar la visión que del origen del derecho nos ofrece la teoría clásica y ver que esta última, actualmente, sólo será cabalmente comprendida si no deja de lado el proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos; con este fin utilizaremos como herramienta de análisis el Art. 410 de la Constitución de Bolivia y observaremos cómo esta norma evidencia que la Constitución (la totalidad de normas constitucionales) es la primera fuente del derecho, vale decir, aquella que define cuándo una norma es o no una regla de derecho (cuándo una norma posee o no juridicidad).

1.1. Aspectos metodológicos

Partiendo del presupuesto (proporcionado por la teoría normativa del derecho) de que derecho es equivalente a norma jurídica, nuestro estudio exige abordar el discurso filosófico-jurídico concerniente a la teoría clásica de las fuentes del derecho; discernir, a partir de éste, la íntima relación que existe entre fuentes jurídicas, unidad del derecho y práctica jurídica; analizar con base en la idea de la unidad del derecho en la práctica jurídica cada una de las tradicionalmente catalogadas como fuentes jurídicas (vale decir, la teoría clásica de las fuentes del derecho); y, finalmente, realizar un estudio dogmático jurídico acerca del Art. 410 de la Constitución de Bolivia, en el que el derecho objetivo será sometido a un análisis movilizado por lo que significa el proceso constitucionalización de un ordenamiento jurídico y la relación conceptual fuentes jurídicas-unidad del derecho-práctica jurídica.

2. La teoría de las fuentes del derecho

Corresponde entender (aprehender) qué deseamos expresar con el concepto ‘fuentes del derecho’: las fuentes del derecho comportan un lenguaje metafórico sobre los orígenes del derecho; las fuentes jurídicas son una metáfora en la medida en que el término ‘fuente’ pretende representar figurativamente, ante nuestra imaginación, aquello que es capaz de dar ‘origen’ al derecho.

“La metáfora de las fuentes se usa, en general, para referirse al origen de algo; lo mismo ocurre en el caso del Derecho (Aguiló, 2015, p. 1021).

Luego, si “las fuentes son a las aguas que fluyen, lo que X es al Derecho” (Aguiló, 2015, p. 1021), inquirir por las fuentes jurídicas es intentar conocer qué ocupa el lugar de X (qué origina al derecho).

A pesar de que algunas veces es descrita como una temática ‘demasiado elemental’ (llamada a ser superada), el origen del derecho –o al menos su comprensión– no es transparente en sí

mismo: la pregunta por el origen resulta ser algo ‘demasiado fundamental’ y (consecuentemente) propio de tediosas abstracciones filosóficas, pero en absoluto infructuosas, pues no se trata de una investigación sin respuesta, de la que no obtengamos ninguna utilidad. Y ocurre igual, ciertamente, con el concepto de ‘derecho’: objeto cultural altamente controvertido, que no resulta en absoluto diáfano (Aguiló, 2015, pp. 1019-21).

Entonces, si aquél es el estado de inicio de nuestra investigación, primero estamos obligados a responder: ¿de qué indagamos el origen cuando nos preguntamos por las fuentes del derecho? (o, simplemente, ¿qué entendemos por la palabra derecho?)

Admitamos, en principio, que una recta y cabal comprensión del ‘derecho’ sólo puede ser alcanzada por una visión integral del fenómeno jurídico, es decir: el derecho como una suma de normatividad, intersubjetividad y organización; no obstante, si bien “la intersubjetividad y la organización son condiciones necesarias para la formación de un orden jurídico; el aspecto normativo es la condición *necesaria y suficiente*” (Bobbio, 2002, p. 19): en consecuencia, apoyémonos (inmediatamente) en la teoría normativa del derecho¹ e indagemos las fuentes del derecho como la metáfora que nos traslada a la pregunta por los orígenes de la norma jurídica.

2.1. Las fuentes jurídicas y su relación con la práctica y unidad del derecho

Si hablamos de ‘origen’, recordemos (por un momento) que los antiguos griegos (los llamados presocráticos) fueron los primeros en transitar el camino de la indagación racional del *arché* del cosmos: esta

¹ “*La experiencia jurídica es una experiencia normativa*” (Bobbio, 2002, p. 3). Bobbio (2002) considera que junto a la teoría normativa del derecho existen, por lo menos, otras dos grandes teorías jurídicas: la teoría del derecho como *relación* (intersubjetividad) y la teoría del derecho como *institución* (organización) (pp. 3-19).

palabra “era de uso común en su época y abarcaba en su seno los sentidos de (a) punto de partida o principio y (b) causa originaria” (Guthrie, 2004, p. 64); observemos, entonces, que investigar las fuentes del derecho equivale a preguntar por el *arché* de las normas jurídicas: la fuente jurídica como punto de partida (principio, origen) de la regla jurídica y, en esa medida, como causa originaria del sentido y dirección que las normas jurídicas imprimen a las acciones humanas en sociedad (las normas jurídicas -sus prescripciones- son la forma fundamental de la vida social)²:

Hay una vida social con estructuras ontológicas propias. Una de estas estructuras es la regla impersonal, intersubjetiva y, concretamente, la regla jurídica.

Y puesto que la norma jurídica pertenece constitutivamente a la vida social, todo cuanto hay en ésta constituye una realidad normativa y es susceptible de revestir la forma de la normatividad jurídica. (Legaz y Lacambra, 1972, p.730)

Pero ¿cuál es el objeto de investigar el origen (*arché*) de la norma jurídica? O ¿en qué radica la importancia de la teoría de las fuentes del derecho?

Advirtamos, primero, que tener claridad respecto a cuáles son las fuentes de la norma jurídica es la condición de posibilidad de la *identificación del derecho*: si no conocemos cuáles son las fuentes del derecho tampoco es factible distinguir cuándo una norma es o no jurídica; identificar el derecho por su origen es lo que nos permite separar lo jurídico de lo no-jurídico; y aquella distinción es el punto neurálgico de la *aplicación* el derecho³. En otras palabras: la fuente (el

² El derecho como forma de vida social es una afirmación que deviene meridiana en el contexto del derecho consuetudinario (Legaz y Lacambra, 1972, p. 589).

³ Guastini (2017), finalizando su abordaje de la relevancia jurídica de la identificación del derecho, refiere dos artículos del Código Procesal Civil italiano, que traslucen la necesidad que tiene la *práctica* jurídica de identificar

origen) es lo que determina la juridicidad de una regla; e identificar su juridicidad es una tarea ineludible si tomamos conciencia de que nuestra vida se despliega en un mundo de normas⁴ de las cuales sólo algunas (las jurídicas) son las que pueden y deben ser aplicadas para resolver problemas jurídicos.

El problema de la identificación del Derecho no es otro que el de la identificación de las normas jurídicas. Forma parte de la experiencia básica de todo jurista el dato de que no toda norma socialmente existente es susceptible de ser usada en la resolución de casos jurídicos, sino sólo algunas de ellas, las jurídicas. Ello implica que todo jurista tiene necesidad de distinguir entre estándares jurídicos y estándares que no lo son; de distinguir el derecho de su ambiente. (Aguiló, 2015, p. 1028).

Otro aspecto de esta cuestión: identificar el derecho por su origen permite igualmente determinar la *jerarquía* de la norma identificada (vale decir, el régimen jurídico que le corresponde). Expliquemos: una vez el derecho fue separado de su ambiente (gracias a la identificación

las fuentes del derecho: “artículo 113 Código Procesal italiano, el cual establece que: «al pronunciarse sobre una causa, el juez debe seguir las normas de derecho (...); y artículo 360 Código Procesal Civil italiano, el cual establece, a su vez, que «las sentencias pronunciadas en sede de apelación o en instancia única pueden ser impugnadas mediante recurso de casación (...) por violación o falsa aplicación del derecho (...)»” (p. 111); respecto a este articulado, Guastini sentencia: “Ninguna de las disposiciones mencionadas emplea el término «fuente». Sin embargo, ambas exigen la identificación de las «normas de (del) derecho». Ello suena como un renvío (tácito) al concepto de fuente. Ya que, por definición, son fuentes del derecho todos y solo aquellos hechos de los que emanan normas jurídicas y, viceversa, son jurídicas todas y solo aquellas normas que nacen de fuentes del derecho. De manera que la interpretación y la aplicación de estas dos disposiciones, presupone la identificación previa de las fuentes” (2017, p. 112).

⁴ “Nuestra vida se desenvuelve dentro de un mundo de normas. Creemos ser libres, pero en realidad estamos encerrados en una tupidísima red de reglas de conducta, que desde el nacimiento y hasta la muerte dirigen nuestras acciones en esta o en aquella dirección” (Bobbio, 2002, p. 3).

de las fuentes jurídicas), la fuente de la norma jurídica también define cuál es el lugar que la regla de derecho (distinguida) ocupa dentro del ordenamiento jurídico y, ergo, qué tratamiento le corresponde (se trata, pues, de una clasificación de las normas jurídicas por su origen).

“Prohibido fumar” ordena lo mismo tanto si ha sido establecido por un reglamento de la Universidad como si lo ha hecho una ley; pero su régimen jurídico varía considerablemente. La fuente le otorga un lugar dentro de la jerarquía normativa, lo que determina múltiples cuestiones: cuáles son sus condiciones de validez, quién puede derogarla o modificarla, cómo se resuelven los posibles conflictos con otras normas, etc. (Aguiló, 2015, pp. 1024-25).

Los elementos previamente indicados nos permiten acercarnos al eje que moviliza la comprensión del valor radical que posee la teoría de las fuentes: *la unidad del derecho en la práctica jurídica* (Aguiló, 2015, p. 1025).

La necesidad de determinar (para su aplicación) cuándo una norma es o no una regla de derecho y cuál es el lugar que ella ocupa (por su origen) dentro del ordenamiento jurídico, nos informa que el ‘derecho’ involucra una práctica enfocada en resolver problemas jurídicos, cuya solución no es únicamente la manifestación de una simple norma aislada, que ha sido eventualmente usada para tal fin, sino la expresión de una *unidad normativa* en la que cada regla hace patente la fuerza del derecho como un todo unitario.

En efecto, la idea de un conjunto de normas no agota la imagen que los juristas tienen del Derecho, pues ella no es suficiente para dar cuenta de otro aspecto central del quehacer cotidiano de los juristas. La solución de un caso jurídico –aquella a la que se llega al final de un razonamiento jurídico acabado- no es simplemente la solución según la norma que da cobertura al caso, sino la solución según el Derecho. Las soluciones jurídicas, es este sentido, no tienen solo la fuerza de la norma usada, sino la fuerza

del Derecho. Es decir, al final de un razonamiento jurídico acabado la diversidad de fuentes y de normas se reduce a la unidad del Derecho. Ello es así y lo sabe todo el mundo. (Aguiló, 2015, p. 1029).

Y si aquí se habla de soluciones de derecho, recordemos la propuesta de Villey (1979) al objeto de perfilar una filosofía jurídica: el arte jurídico (esto es, la ‘justicia específica’ a la que se refería Aristóteles)⁵ mira hacia una finalidad que lo distingue del resto de las artes: asignar a cada uno lo suyo (*Suum cuique tribuere*).

¿Qué hace el juez? Tiene ante sí unos pleiteantes que han acudido a él porque se disputan la repartición de bienes, de créditos o de deudas: un pedazo de tierra, una pensión, el cuidado de un hijo, la situación legal del padre de tal niño, tal función pública, etc. Los despide después de haber asignado a cada uno su parte, sus derechos. El *legislador*, que es el guía del juez en tanto que contribuye mediante sus leyes a la obra del Derecho, no hace nada distinto. (Villey, 1979, pp. 80-1).

La labor del jurista se destaca, pues, por su practicidad (por solucionar casos jurídicos); esta nota distintiva del arte del derecho exige que toda solución a los problemas jurídicos debe poseer la fuerza del derecho, esto es: la fuerza de su unidad (la fuerza de su *consistencia* y *coherencia* normativas)⁶. Esto es así, porque sólo en

⁵ Aristóteles (2011) (objeto de interpretación de Villey) habla en estos términos de la justicia específica: “en lo que se refiere a la justicia específica, y a lo justo que le corresponde, una representación es la referida a la distribución de honra, dinero o cualquier otro reparto entre los miembros de una comunidad política [justicia distributiva], ya que en esas distribuciones cada uno puede tener partes iguales o desiguales, y la otra es la que regula las relaciones recíprocas y las endereza [justicia conmutativa]” (p. 175).

⁶ “Nuestros juicios sobre la compatibilidad de las normas regulativas no se limitan a constatar la consistencia entre ellas (la compatibilidad de deberes), sino también la coherencia (la compatibilidad entre los propósitos protectores de esas normas y la compatibilidad entre los deberes y los propósitos

la medida en que una solución jurídica posea la fuerza del derecho como unidad normativa, será posible lograr *seguridad jurídica* para quienes se ven sometidos a sus prescripciones, es decir: alcanzar la certeza de que las soluciones jurídicas se fundamentan en la unidad normativa que es el derecho y no, de forma errónea, en un estándar no jurídico o en la mera subjetividad de quien tiene la competencia para establecer la solución requerida.

Lo que procede es entender el Derecho como una práctica guiada por el ideal de la certeza jurídica. Es decir, verlo como una práctica orientada a tratar de erradicar los términos indeseables de “no diferenciación entre estándares jurídicos y no jurídicos” y de “decisión libre de los casos no regulados”. (Aguiló, 2015, p. 1032)

Resulta, por tanto, que el arte del derecho y el ideal de certeza jurídica que guía su práctica (esto es, encontrar en cada norma usada la unidad del derecho) únicamente se concretan si existe claridad tanto para distinguir estándares jurídicos de los que no lo son, como para clasificar la jerarquía normativa de las reglas de derecho distinguidas. Pero esta tarea sólo es posible si las fuentes jurídicas han sido anteriormente identificadas; he ahí pues, la vital importancia de la teoría de las fuentes del derecho.

protectores). Ello supone que cuando nos planteamos la unidad de contenidos del Derecho, podemos verlo como consistencia (como unidad de deberes) y como coherencia (como unidad de propósitos, como unidad de práctica)” (Aguiló, 2015, p. 1046). Se habla, por un lado, de ‘unidad de deberes’, en cuanto las reglas jurídicas no comportan contradicción lógica entre sí. “Si se da contradicción, entonces son inconsistentes. Entre dos normas hay una contradicción lógica cuando el cumplimiento de una de ellas supone necesariamente el incumplimiento de la otra, y viceversa. La consistencia, suele decirse es una cuestión de todo o nada” (Aguiló, 2015, p. 1045); se habla, por otro, de ‘unidad de propósitos’, en tanto las reglas de derecho “son instrumentos para la protección y/o promoción de ciertos bienes y valores” (Aguiló, 2015, p. 1046).

Resumamos. Una regla es jurídica únicamente si emana de una fuente del derecho; toda regla de derecho comporta (en sí) una relación unitaria con el resto de normas jurídicas (tanto lo que la regla jurídica dispone como su aplicación poseen la fuerza de todo el ordenamiento jurídico); sólo a partir de esta fuerza unitaria del derecho es posible generar seguridad jurídica⁷ en quienes están condicionados por sus mandatos.

Por consiguiente, (con la producción de derecho) las fuentes jurídicas implantan y constituyen una unidad normativa (la unidad del derecho) y no meras normas aisladas unas de otras (al separar el derecho de su ambiente, las fuentes jurídicas construyen un todo unitario que está sujeto a un determinado régimen jurídico); y los razonamientos jurídicos, que se construyen al momento de aplicar las reglas de derecho, exteriorizan este carácter unitario (vale decir, revelan que cada norma jurídica producida y su empleo comportan la consistencia y coherencia del ordenamiento jurídico).

En otros términos: i) las fuentes del derecho únicamente crean normas jurídicas si generan con ellas la unidad de derecho; ii) la aplicación de toda norma jurídica revela la fuerza del derecho como un todo unitario; y iii) en la medida en que es vital para la práctica jurídica y su principio de seguridad arribar a soluciones fundamentadas en normas de derecho (en la fuerza del derecho como una totalidad), resulta ineludible llevar a cabo la tarea de identificar cuáles son las fuentes del derecho.

Revisados estos aspectos de la cuestión, pasemos a dar cuenta de cada una de las clásicas fuentes jurídicas.

2.2. Concepto formal y material de fuente

Más de dos siglos después de las meditaciones de los primeros presocráticos, Aristóteles (1975, p.17), en su cuádruple esquema de causación, estableció (además de la causa final y la causa eficiente) que

⁷ “La certeza, la previsibilidad y/o la seguridad (en definitiva la erradicación del decisionismo)” (Aguiló, 2015, p. 1032).

las cosas pueden explicarse por una causa formal y/o una causa material⁸; los juristas –en su búsqueda de los orígenes– también han distinguido las fuentes jurídicas utilizando los siguientes términos: fuentes *formales* y fuentes *materiales*⁹.

¿Qué significan estos adjetivos en el lenguaje jurídico?

Empecemos por las fuentes formales del derecho.

2.2.1. Concepto formal de fuente

En efecto, se utiliza un criterio intrasistemático y típicamente recursivo: si hay normas jurídicas es porque hay “hechos y actos jurídicos” que las crean; y si hay hechos y actos jurídicos creadores de normas jurídicas es porque hay normas jurídicas que constituyen y regulan tales hechos y actos jurídicos (normas sobre la producción jurídica). (Aguiló, 2015, p. 1025)

Cuando se alude a fuentes formales, la ciencia jurídica expone al derecho como un *sistema normativo* que regula, a partir de sus propias reglas jurídicas, los actos y hechos productores de nuevas normas de derecho que serán parte integrante del sistema jurídico: “el Derecho es un orden autónomo que se autorregula” (Aguiló, 2015, p. 1023).

Con claro matiz kelseniano, se establece que una norma jurídica es creada únicamente en virtud de que existe una norma superior que autoriza y regula la producción de una norma inferior, es decir: la

⁸ “Aristóteles no pretende que los cuatro tipos de explicación («las cuatro causas») que él distingue sean aplicables a cada caso” (Mosterín, 2007, p. 229).

⁹ Reale (1979, p. 111) entiende que la clásica distinción entre fuentes materiales y fuentes formales únicamente ha generado confusión en la ciencia jurídica, razón por la cual la temática de las fuentes jurídicas debería apropiarse de otra terminología que permita una mejor intelección: él propone no hablar ya de fuentes sino de *estructuras de poder*, “pues la génesis de cualquier regla de derecho o nomogénesis jurídica sólo ocurre en virtud de la interferencia de un *centro de poder* que, ante un complejo de *hechos y valores*, opta por la *solución normativa*” (Reale, 1979, p. 112).

misma norma jurídica es la que establece qué actos y hechos jurídicos son susceptibles de producir normas jurídicas. Fuera de esa delimitación no existe (en un sentido formal) ningún otro acto o hecho capaz de producir normas de derecho.

En la práctica, sólo se denomina “fuente” el fundamento de validez jurídico-positivo de una norma jurídica, es decir, la norma superior positiva que regula su producción (...) En un sentido jurídico positivo, fuente del derecho sólo puede ser el derecho. (Kelsen, 1982, p. 243)

Luego, si deseamos conocer cuáles son las fuentes del derecho, lo que debemos hacer es escuchar atentamente lo que nos dicen las mismas normas jurídicas; ellas definen los métodos de producción del derecho, que permiten separar al derecho de su ambiente, y cuál es, según el método de producción (acto o hecho jurídico), el régimen jurídico que corresponde a cada una de las reglas jurídicas producidas (las normas jurídicas y sus especificaciones son las que construyen la consistencia y coherencia normativas de las reglas generadas por ellas mismas).

Propuesto en otros términos: no es necesario ir más allá del derecho positivo para identificar cuáles son las *fuentes-acto* y las *fuentes-hecho* y cuál es la jerarquía normativa de las reglas jurídicas que han sido generadas con vistas a la unidad del derecho¹⁰.

¹⁰ Claro ejemplo de norma jurídica que establece los métodos de producción del derecho y cuál el régimen jurídico que corresponde a las normas producidas, es el Código Civil español (Real Decreto de 24 de julio de 1889), Art. 1: “1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. 3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada. 4. Los principios generales del derecho se aplicarán de defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

En todo ordenamiento, las fuentes pueden ser identificadas como tales *a priori*: para saber si determinado acto es fuente del derecho, no es necesario analizar su contenido; es necesario y suficiente analizar si en el ordenamiento en específico existe una norma sobre la producción jurídica que *autoriza* al acto en cuestión a crear normas. (Guastini, 2017, p. 96)

El ejemplo paradigmático de norma jurídica emanada de actos jurídicos productores de derecho es la *ley* (por ello, ésta ha sido clásicamente catalogada como fuente formal del derecho). Al igual que toda regla de derecho proveniente de una fuente-acto, la ley presupone una *regla de competencia*¹¹ que confiere (delega) el poder de crear derecho a cierta autoridad; en el caso paradigmático de la ley, se entiende que la regla de competencia confiere *poder legislativo* al legislador¹²:

Aplicado a la legislación, la regla que confiere el poder de legislar podría formularse –simplificando mucho las cosas– del siguiente modo: “Si se da el estado de cosas X y el legislador (el sujeto Z) aprueba un documento normativo (realiza la acción Y) entonces se produce el resultado ley (resultado institucional RI). En el caso de las fuentes-acto, la regla que confiere poder se llama *regla de competencia*; al sujeto titular del poder normativo, *autoridad*; y al

¹¹ “En todo ordenamiento jurídico, junto a una norma de conducta, existen otros tipo de normas, que se suelen llamar *normas de estructura o de competencia*. Son aquellas normas que no prescriben la conductas que se debe o no observar, sino que prescriben las condiciones y los procedimientos mediante los cuales se dictan normas de conductas válidas”. (Bobbio, 2002, p. 151)

¹² Reale (1979), haciendo referencia a los centros de poder ligados a la nomogénesis jurídica, dice: “serán cuatro las fuentes del derecho porque son cuatro las formas de poder: el *proceso legislativo*, expresión del poder legislativo, la *jurisdicción*, que corresponde al poder judicial; los *usos y costumbres jurídicos* que expresan el poder social, el poder decisorio anónimo del pueblo; y, finalmente, la *fuentes negocial*, expresión del poder negocial o de autonomía de la voluntad” (p. 112).

resultado institucional, *disposición jurídica, documento normativo dotado de autoridad o fuente del derecho*". (Aguiló, 2015, p. 1033)

El concepto formal de fuente implica, entonces, que dentro del derecho positivo algunas normas jurídicas se presentan como reglas de estructura que contienen dentro de sí las fuentes-acto (los actos jurídicos creadores) de nuevas reglas de derecho.

Dicho de otra forma: dada una norma que presente la estructura «Si F, entonces G» -por ejemplo «Si el sujeto S dispone X, entonces X es derecho»- en donde el antecedente (F) se refiera a una clase de hechos cualquiera y el consecuente (G) se refiera la producción de derecho, la clase de hechos F constituye fuente del derecho. (Guastini, 2017, p. 104)

Estamos, así, frente a normas de derecho (o fuentes normativas) que estructuran, por vía de *delegación*, un sistema (o unidad) de autoridades con poderes normativos, los cuales les confieren la competencia de realizar ciertos actos jurídicos destinados a producir reglas de derecho (leyes, decretos, reglamentos, etc.); y esta competencia está siempre sujeta al deber (es decir, a límites relativos al ejercicio de la competencia) de lograr, con cada regla procedente de una fuente-acto, la unidad del derecho.

¿Qué sucede en el caso de las fuentes-hecho?

Los hechos jurídicos del tipo aquí considerado presuponen una regla constitutiva que establece que si se da un cierto estado de cosas X entonces se produce el resultado institucional RI. La costumbre jurídica es el paradigma de fuente-hecho y el problema que trataremos de responder aquí es el de determinar cuál es el supuesto de hecho (el estado de cosas X) que da lugar al resultado institucional "costumbre jurídica". (Aguiló, 2015, p. 1041)

La costumbre jurídica (también clásicamente enumerada como fuente formal del derecho) es el ejemplo típico de una fuente-hecho en la

medida en que da cuenta de un *hecho social* generador de reglas (sociales) de conducta que *devienen* en reglas de derecho, siempre y cuando el derecho positivo lo haya definido previamente como fuente-hecho de normas jurídicas¹³. Dicho de otra manera: el derecho consuetudinario hace referencia a un hecho social generador de reglas de conducta, que fue *reconocido* formalmente por las normas jurídicas como un hecho jurídico productor de derecho (la costumbre jurídica es *derecho reconocido*, mientras la ley es *derecho delegado*).

No obstante, a diferencia de lo que ocurre con las fuentes-acto, donde las normas jurídicas reglan plenamente la producción del derecho (esto es: especifican qué actos –jurídicos- son fuentes de normas jurídicas, cuál es el régimen jurídico que les corresponde, cuáles son las autoridades que dan lugar a la realización de cada fuente-acto y cuál el poder que se les delega), las fuentes-hecho implican únicamente que el derecho positivo reconoce formalmente (es decir, dentro de su estructura normativa) que existen hechos sociales productores de reglas jurídicas (hechos sociales como métodos de producción del derecho), pero sin especificar cuáles son los elementos reales que permiten identificar claramente cuándo un hecho social generó verdaderas reglas jurídicas y no meras reglas sociales; este problema, se entiende, afecta también a la costumbre jurídica: al ser definida normativamente como fuente del derecho, las normas jurídicas no hacen más que reconocer que un hecho social (una costumbre) es capaz de generar auténticas reglas jurídicas, pero sin aclarar qué elementos (qué estado de cosas) deberán concurrir en la realidad para que las prescripciones sociales (generadas en hechos sociales) pasen a ser

¹³ La costumbre jurídica es una fuente formal del derecho que nos informa de la existencia de reglas sociales -generadas en hechos sociales- que devienen, por virtud del derecho positivo, en reglas jurídicas; por lo tanto, cuando determinada regla social es denominada costumbre jurídica (y el hecho social que la produce queda subsumido en la categoría de hecho jurídico productor de derecho), lo que se quiere significar es que dicha regla social ha alcanzado el *status* de norma jurídica consuetudinaria.

percibidas como normas jurídicas consuetudinarias, a las cuales corresponde el *nomen iuris* de costumbre jurídica.

La principal dificultad para responder a esta pregunta [cuándo una determinada regla social puede ser realmente reconocida como costumbre jurídica] radica en que las normas jurídicas que reconocen la costumbre como fuente del Derecho se limitan a eso, a reconocerla, pero no especifican los elementos del supuesto de hecho que da lugar a una costumbre jurídica; es decir, no determinan los criterios para saber cuándo la existencia de una regla social produce el resultado institucional “costumbre jurídica”. (Aguiló, 2015, p. 1042)

Tradicionalmente, la doctrina jurídica ha establecido que existe costumbre jurídica a condición de que concurren dos elementos: por un lado, el *usus*, elemento material o externo, que consiste en la “repetición general, uniforme, constante, frecuente y pública de cierta conducta” (Aguiló, 2015, p. 1042); por otro, la *opinio*, elemento psicológico o interno, que refiere la existencia de una conciencia de obligatoriedad (o de tolerancia) respecto de la conducta exteriorizada (observable) en sentido material.

La costumbre consta de la combinación de dos elementos: un elemento «material», vale decir, un comportamiento exterior observable, y un elemento «psicológico», vale decir, una creencia o (mejor) una actitud normativa.

En otras palabras, existe costumbre toda vez que a una regularidad de comportamiento, empíricamente observable, se acompaña la idea de que realizar aquel comportamiento determinado es obligatorio o permitido (de manera contraria tendremos simples hábitos, o normas no jurídicas, como: reglas de etiqueta, reglas de corrección constitucional, etc.). (Guastini, 2017, pp. 131-32)

Si bien cabe “señalar que no hay razones de orden lógico para proclamar el primado de una forma determinada de producción de

normas o modelos jurídicos” (Reale, 1979, p. 112)¹⁴, debemos resaltar que la costumbre jurídica (descrita tradicionalmente como esa conjunción de *usus* y *opinio*) domina la visión que tenemos del derecho en las sociedades más remotas: sea que la costumbre jurídica haya sido generada a partir de la emulación de la conducta de una persona (el ‘jefe’), que destacaba socialmente por su fuerza moral y/o física, o sea que haya emanado de procedimientos religiosos o mágicos (de cualquier modo, su origen siempre cae en el olvido), el derecho primitivo se revela fundamentalmente como un proceso consuetudinario (Reale, 1979, p. 114).

Ahora bien, sea en edades remotas o sea en tiempos más próximos, se tiene que advertir que dicho proceso consuetudinario está íntimamente ligado al trabajo de la jurisdicción (vale decir, al trabajo de quien tiene el *poder* de decidir la solución de los problemas jurídicos):

Es cierto que en gran número de casos el Derecho consuetudinario se produce mediante el *usus fori*, puesto que la comunidad, por regla general, no expresa directa e inmediatamente su voluntad y convicción jurídica, sino a través de los tribunales, como órganos suyos. (Legaz y Lacambra, 1972, p. 590)

Si en los pueblos del ámbito del *common law* las normas legales no desempeñan el mismo papel que tienen atribuido entre nosotros [es decir, en la tradición latino continental (*civil law*) acentuada después de la Revolución francesa], sobre todo en el campo del derecho privado (...), es preciso ponderar que en este sistema de Derecho ninguna costumbre obliga si no ha sido consagrada por los tribunales. (Reale, 1979, p. 121)

¹⁴ De ahí que podamos identificar dos grandes tipos de ordenamientos jurídicos: el de tradición *romanística* (pueblos latinos y germánicos), que privilegia el proceso legislativo, y el de tradición *angloamericana* (*common law*), que hace hincapié en el proceso consuetudinario y en la jurisdicción (Reale, 1979, pp. 112-13).

En concreto: ponemos a la vista la unión entre costumbre jurídica y jurisdicción porque deseamos dar cuenta de que aquella no puede ser descrita simplemente como el resultado de la suma de *usus* + *opinio*:

La *opinio* es un elemento común a todas las reglas sociales, no es privativo de las costumbres jurídicas. Y si no toda regla social es una costumbre jurídica, entonces la mera presencia de la conciencia de obligatoriedad no puede ser el elemento que nos permita deslindar unas de otras. (Aguiló, 2015, p. 1042)

¿Cómo distinguir, entonces, reglas puramente sociales de reglas sociales que son costumbres jurídicas? ¿Qué papel desempeñan en ello los tribunales?

“Para hallar la solución a lo anterior hay que percatarse de que a toda costumbre jurídica le subyace un juicio de relevancia jurídica fundado en la idea de coherencia normativa” (Aguiló, 2015, p. 1044).

La coherencia normativa (se dijo) supone la idea de que el derecho es una ‘unidad de propósitos’; esto es: las normas jurídicas no sólo prescriben la conducta debida, sino también se constituyen en instrumentos de protección de ciertos bienes y valores, que reinan en el imaginario social de un determinado tiempo. Y este extremo, exactamente, es el que debe ser constatado en el ámbito jurisdiccional cuando se pretende aplicar cierta regla social en la solución de un determinado problema jurídico concerniente a tal o cual relación de derecho. Propuesto en otros términos: una regla social será una norma jurídica consuetudinaria (y el hecho social que la produce una fuente-hecho de normas jurídicas) siempre y cuando su contenido sea compatible con la unidad de propósitos que manifiesta el derecho; y la verificación de esta compatibilidad está reservada, precisamente, al trabajo de los tribunales.

En consecuencia, cuando hacemos mención al derecho judicial con el fin de completar nuestra intelección de la costumbre jurídica, deseamos destacar que una costumbre es jurídica únicamente si las prescripciones

que establece llegan a exhibir, ante la autoridad judicial, su compatibilidad con la unidad de propósitos que conforman al derecho.

En la práctica jurídica, el deber del tribunal es aplicar normas de derecho: cuando se da el caso de reglas sociales que son alegadas, por una parte litigante, como costumbres jurídicas aplicables a una relación de derecho, el deber del tribunal, que no las aplica de oficio, es constatar que las reglas sociales invocadas *sí* tienen una relevancia jurídica fundada en la idea de coherencia normativa. Sólo cuando un argumento jurídico pruebe que una regla social posee (además del *usus* y la *opinio*) la coherencia normativa exigida con vistas a la unidad de propósitos que hacen a la fuerza del derecho, será posible afirmar (con certeza) que tal regla social es una costumbre de derecho y que, por consiguiente, es una prescripción aplicable a problemas jurídicos.

En pocas palabras: es la coherencia normativa verificada por el tribunal (y no una ‘decisión libre’ del juez) la que otorga juridicidad a una regla social invocada como costumbre jurídica aplicable a una relación de derecho (la coherencia normativa argumentada jurídicamente de la regla social, es la que finalmente logra que ella sea *reconocida* como una norma jurídica emanada de una fuente-hecho).

En este sentido, conviene afirmar también que si una regla social posee relevancia jurídica y, aun así, no se la toma en consideración por quienes practican el derecho (vale decir, no se la toma en cuenta en la solución de los problemas jurídicos), la unidad de propósitos del sistema jurídico queda quebrantada y cualquier solución a la que se haya arribado no gozará de la fuerza del derecho.

Escuchemos *in extenso* lo que nos dice Aguiló (2015):

Como es sabido a los jueces no se les exige el conocimiento de oficio de las costumbres jurídicas, las costumbres jurídicas se alegan, y quien las alega debe probarlas. ¿Qué deberá probar quien alegue una costumbre jurídica? o ¿qué deberá verificar quien reconozca una costumbre jurídica? (...) deberá probar, por un lado,

que nos encontramos ante una regla social, lo que supone mostrar la concurrencia del *usus* y de la *opinio*. Pero además, por otro lado, deberá probar que dicha regla social es relevante para el derecho. Ello supone, en primer lugar, mostrar que el contenido de la regla social se refiere a una relación jurídica, esto es, a una relación ya constituida como jurídica por el propio Derecho prescrito. (...) Y, en segundo lugar, deberá mostrar que la regla social es coherente con los principios y valores que trata de proteger el propio Derecho. Dándole la vuelta al argumento de la coherencia tal vez se vea más claro lo que se quiere decir: lo que se trata de mostrar es que si no se tomase en cuenta la regla social en cuestión se frustraría un valor o un bien reconocido por el propio orden jurídico. (pp. 1046-47)

Revisada la costumbre como fuente-hecho de normas jurídicas, pasemos a hacer un balance de las fuentes formales del derecho.

Desde la visión ‘formalista’ de las fuentes jurídicas, se pretende que la fuerza del derecho como unidad normativa está garantizada por el mismo sistema de derecho positivo, pues éste especifica (regula formalmente) cuáles son las fuentes del derecho; esto es: las normas jurídicas regulan los factores jurídicos productores de nuevas normas jurídicas (es decir, determinan los factores que separan al derecho de su ambiente), clasifican (según su origen) la jerarquía normativa de las normas producidas y, según ello, conforman un sistema con consistencia y coherencia normativas en el que el contenido y la aplicación de cada norma jurídica producida comportan la fuerza de la unidad del derecho.

Todo ello resulta muy cristalino si se tiene en mente únicamente problemas jurídicos que están cubiertos por reglas emanadas de actos jurídicos definidos (en el derecho positivo) como fuentes del derecho; en tal caso, puesto que la juridicidad de la regla que cubre el problema jurídico está claramente identificada porque ella procede de una fuente-

acto, basta con tenerla presente, interpretarla adecuadamente¹⁵, “subsumir el caso jurídico concreto bajo el precepto legal y, silogísticamente, aplicarle la solución prevista en él” (Legaz y Lacambra, 1972, p. 575). Desde este ángulo, la aplicación de la norma jurídica (identificada como aquella que resuelve el problema jurídico) comporta en sí la unidad del derecho en razón de que ella ha sido producida, con vistas a la coherencia y consistencia normativas, mediante una fuente-acto y es, por ende, un resultado institucional totalmente reglado en su producción por las normas de competencia de tal o cual sistema jurídico. En otros términos: la *validez* de la prescripción contenida en una norma producida por una fuente-acto está garantizada por el mismo sistema normativo que regló su producción.

Sin embargo, la situación empieza a variar si la regla a ser aplicada ha emanado de un hecho jurídico definido normativamente como fuente-hecho de reglas jurídicas; en este caso, la transparencia empieza a difuminarse lentamente: si bien el hecho social (generador de reglas de conducta) llega a ser reconocido como fuente jurídica, la norma jurídica que lo reconoce no define qué elementos logran dotar de juridicidad a sus prescripciones. Tomando nuevamente el caso de la costumbre: tenemos que no es suficiente que las normas jurídicas hayan reconocido formalmente al hecho social-costumbre la aptitud de ser fuente del derecho; pues aunque tal reconocimiento formal hace de la costumbre un hecho jurídico productor de derecho, deviene ineludible (en la realidad) que la autoridad judicial verifique que lo prescrito en la regla contenida en tal o cual costumbre (e invocada

¹⁵ “Aplicar el Derecho es fundamentalmente, interpretarlo. Lo primero que tiene que hacer el juez cuando se halla en presencia de un caso, es establecer el texto de la ley, pero como sus normas están abstractamente concebidas, no son unívocas y requieren, como todas las averiguaciones, que se aclare su sentido”. (Legaz y Lacambra, 1972, p. 559)

como regla de derecho para cierta relación jurídica) es compatible con los propósitos protectores del sistema normativo.

En efecto, cuando se trata de una fuente-hecho, la práctica del derecho se ve obligada a alejarse de la (relativa) claridad de las prescripciones originadas en un acto jurídico, adentrarse en un campo un tanto menos luminoso y resolver, ahí, si lo prescrito en una regla social está dotado de relevancia jurídica fundada en la idea de coherencia normativa.

Resulta claro, ergo, que cuando damos el paso desde las fuentes-acto a las fuentes-hecho (desde la ley a la costumbre) acaece un cambio: los problemas jurídicos ya no pueden ser resueltos -y la unidad del derecho ya no puede ser alcanzada- mediante la simple aplicación de una regla de derecho que les brinde cobertura y cuya juridicidad no puede ser puesta en duda en virtud de que procede de una fuente-acto.

Cuando no exista la norma pertinente desde una fuente-acto (cuando no existan prescripciones contenidas en una ley que regulen un caso jurídico) y sea necesario acudir a una regla generada en una fuente-hecho (esto es, a prescripciones generadas por costumbre social para obtener la solución que corresponda), la práctica del derecho deberá probar-verificar (además de la concurrencia del *usus* y la *opinio*) que la regla social es compatible con los propósitos protectores del sistema normativo, pues sólo así tal regla habrá llenado los requisitos para ser una norma jurídica cuyo contenido y aplicación exhiben toda la fuerza del derecho.

En consecuencia, las fuentes-hecho y la identificación de sus reglas conllevan, para la unidad del derecho y la seguridad jurídica ligada a ella, una mayor complejidad que las fuentes-acto y sus respectivas normas.

Pero ¿qué sucede cuando los problemas que se presentan ante la práctica jurídica ya no están cubiertos, por un lado, por reglas procedentes de actos jurídicos definidos normativamente como fuentes-acto o, por otro, por reglas emanadas de hechos sociales reconocidos como fuentes-hecho?

¿Qué ocurre, en suma, cuando nos vemos obligados a abandonar el concepto formal de fuentes-acto y fuentes-hecho a raíz de que las reglas de derecho originadas en las fuentes normativas (actos y hechos jurídicos) no brindan solución a ciertos problemas jurídicos?

Al llegar a este punto, el pensamiento debe dar un paso mucho más grande que el descrito desde las fuentes-acto a las fuentes-hecho; aquí es preciso rebasar el concepto formal de fuente para alcanzar la aprehensión del concepto material de fuente jurídica.

2.2.2. Concepto material de fuente

Es evidente que la realidad es más rica que todos los esquemas en que se la pretenda encajar, por muy amplios que ellos sean, y de ahí que siempre existe la posibilidad, confirmada mil veces por la experiencia, de casos rigurosamente originales y no previstos y que, sin embargo, pueden exigir una regulación, la cual no existe ni en el Derecho legislado ni en el consuetudinario. Parece, entonces, que, en presencia de estas lagunas hubiera que renunciar a una solución y que los Tribunales de justicia tendrían que pronunciar un *non liquet* en presencia de tales casos. (...) En las leyes no hay solución: pero el juez tiene que darla. O lo que es lo mismo: el Derecho legislado y el Derecho consuetudinario tienen lagunas; el orden jurídico no puede tenerlas; a donde no llegan las fuentes legislativas y consuetudinarias, tiene que llegar la actividad judicial como fuente del derecho. (Legaz y Lacambra, 1972, pp. 544-45)¹⁶

¹⁶ Debemos tener presente, no obstante, que para Legaz y Lacambra (1972, p. 526) la actividad judicial es una fuente formal de derecho y no una fuente material. Expongamos brevemente su pensamiento:

i) Las fuentes formales del derecho o “el concepto técnico-jurídico de fuente del Derecho alude al origen de la norma en un autoridad o fuerza social reconocida por el Derecho positivo que, mediante un determinado procedimiento, confiere a dicha norma una forma concreta, por ejemplo, la forma de ley, de costumbre, sentencia, negocio jurídico, etc.” (Legaz y

Lacambra, 1972, p. 526). De acuerdo a Legaz y Lacambra la actividad judicial es una fuente jurídica formal en razón de que cada sentencia judicial es equivalente a la construcción de una norma jurídica *individual* procedente de una autoridad reconocida por el derecho positivo. En otros términos: cada vez que un juez construye una sentencia asistimos a la producción de normas jurídicas individuales, que son posibles porque tal autoridad ejerce una competencia otorgada por una norma de estructura y aplica (para la solución jurídica del caso sometido a su decisión) una norma jurídica *general* afectada (siempre) por un grado de indeterminación al momento de definir la solución que corresponda; en consecuencia, se entiende que los jueces crean derecho no en la forma de normas generales y abstractas, que son exactamente las dos cualidades de toda norma procedente de actos y hechos jurídicos, sino en la forma de normas individuales y concretas en las cuales, según la mirada de Legaz y Lacambra (1972), es donde debemos hallar la producción de derecho de origen judicial: “el juez está sometido a la ley y tiene que aplicarla al caso concreto; pero como la ley, por muy estricta que sea, le deja siempre un margen de libertad, porque siempre posee una dosis de indeterminación, el juez, al aplicar la norma general, crea una norma nueva, no general, sino individual, pero norma al fin, que aporta un *plus* al conjunto del orden jurídico y que tiene, frente a la relación individual que regula y frente a los actos ejecutivos que han de convertirla en realidad, el mismo valor autárquico de exigibilidad que posee la norma general frente a todos los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación y frente a todos los hombres que han de ajustar sus conductas a sus preceptos” (pp. 576-77). Al respecto, también es inevitable apuntar, como lo hace Legaz y Lacambra (1972, p. 575), la influencia que tiene Kelsen en esta concepción, pues éste establece que la actividad judicial produce únicamente *derecho individual* a partir de normas de estructura, que habilitan su competencia, y de normas generales cuyo contenido (a pesar de su dosis de indeterminación) es su obligación aplicar para la solución de problemas jurídicos (la actividad judicial, por tanto, no crea *derecho general* -como sí lo hace la ley o la costumbre-; y más que como punto de inicio, deberíamos pensarla como continuación de la producción jurídica): “Los tribunales producen derecho y, por cierto, como regla, derecho individual; pero al hacerlo dentro de un orden jurídico que ha establecido un órgano legislativo, o que reconoce en la costumbre un hecho productor de derecho, aplican un derecho general creado previamente por vía legislativa o consuetudinaria. La sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción de derecho” (Kelsen, 1982, p. 263).

ii) En lo que toca a las fuentes jurídicas materiales, la concepción expuesta por Legaz y Lacambra (1971, pp. 526-34) pone el acento en los *grupos sociales* (el Estado, la iglesia, la comunidad internacional u otros) desde los

Constituye un lugar común la afirmación de que los jueces aplican el derecho, mas no lo crean. Si bien aquél es el rol protagónico que el juez desempeña cuando las reglas de derecho (emergentes de actos y hechos jurídicos) dan cobertura plena a los problemas jurídicos, no sucede lo mismo cuando el caso jurídico no encuentra, ni en la prescripción emanada de una fuente-acto ni en aquella originada en una fuente-hecho, la regla de derecho que le brinde solución. Ante tal eventualidad, el pensamiento está obligado a ver más allá de las fuentes jurídicas formales al objeto de inteligir otras fuentes productoras de reglas de derecho que puedan ser aplicadas al problema jurídico que no encontró solución en las normas producidas por las ‘fuentes legales’ (por actos y hechos autorizados desde el derecho objetivo); y la actividad judicial es, exactamente, una de esas fuentes jurídicas que no está prevista por ninguna norma como un método de producción del derecho.

“En sentido material, constituye fuente del derecho todo acto que produzca normas: sea cual fuere su nombre, su procedimiento de formación y el órgano del cual promane” (Guastini, 2017, p. 94).

cuales emana el derecho -entendido como la *forma vital* de éstos-. En ese sentido, se comprende que cada grupo social (fuente material del derecho) despliega (por así decir) *formas* específicas a través de las cuales genera sus normas jurídicas; y estas formas específicas de producción jurídica (actos legislativos, actividad judicial, prácticas con valor de norma consuetudinaria u otros) son, a su vez, las denominadas fuentes técnicas o formales. Así, por ejemplo: “El Estado crea Derecho por actos de sus órganos. Estos actos pueden ser: *actos de legislación*, es decir, de establecimiento de normas generales y actos de *ejecución*, establecimiento de normas individuales (acto administrativo que reconoce un derecho individual; sentencia judicial); un *práctica* constante con valor de norma jurídica consuetudinaria (*usus fori*; prácticas parlamentarias y administrativas); manifestación de una voluntad de que la resolución de un solo caso particular vincule –como *precedente*– la solución de otros casos análogos, que puedan presentarse” (Legaz y Lacambra, 1972, p. 535).

Es en virtud de un criterio material de identificación que algunos consideran fuente del derecho a la jurisprudencia (o incluso a la doctrina), a pesar de que ninguna norma autorice a los jueces (menos aún a los juristas) a producir derecho. (Guastini, 2017, p. 98)

En efecto, la plenitud del orden jurídico exige que todo problema jurídico sea resuelto aunque no exista una regla de derecho producida por una fuente normativa que le brinde (explícita) solución. Cuando se presenta este extremo, la función de la jurisdicción (en calidad de fuente material) consiste en ejercer su poder judicial al fin de dar origen a una nueva norma jurídica que *-justificando* la sentencia requerida-realice la unidad del derecho; en otras palabras: cuando una solución jurídica no está dada por el derecho legislado ni por el consuetudinario, la unidad del derecho (la plenitud que distingue a esta unidad) exige que los tribunales ejerzan un rol creador del derecho. Ante la ausencia de reglas de derecho que solucionen problemas jurídicos es menester la creación de *normas de origen judicial* (o la actividad judicial como fuente del derecho).

En muchas ocasiones, al decidir los casos, los jueces tienen que afrontar problemas de indeterminación del Derecho objetivo. Para resolver estos problemas usan múltiples y variados criterios con el fin de llegar a formular (y justificar) la norma con la que resuelven el caso. *Estos criterios con la (por así decir, “nueva”) norma son los candidatos para llegar ser normas de origen judicial.* Todo ello les lleva (o debería llevarles) a desplegar una intensa actividad argumentativa destinada a *justificar* las decisiones que toman. (Aguiló, 2015, p. 1052)

Ilustremos esta “intensa actividad argumentativa” de la que nos habla Aguiló.

El momento en que la solución de derecho a un problema jurídico no pueda ser hallada en una prescripción generada por una fuente-acto o una fuente-hecho y sea necesario acudir a la actividad judicial para que

(como fuente material) produzca la regla jurídica que sustente la solución, aquellos a quienes se delegó el poder judicial tienen el deber de *explicitar* los criterios con los cuales se genera, construye y (por ende) justifica la nueva norma de derecho, que está destinada a solucionar el caso en cuestión y a regir *-a futuro-* cualquier otro que presente con él semejanzas relevantes. Expliquémonos:

i) Si tenemos presente que toda regla jurídica comporta la unidad del derecho, explicitar los criterios con los cuales se construye y fundamenta la norma de origen judicial no es cosa distinta que explicitar el propio derecho objetivo en toda su consistencia y coherencia normativas. Como dice Aguiló (2015), “se trata de una construcción realizada por el juez a partir de ciertas normas del Derecho objetivo” (p. 1052). Cuando la autoridad judicial se ve en la necesidad de crear una norma porque el derecho objetivo no la proporcionó directamente, los criterios que la generan y justifican (por ende, también la norma en sí) son la expresión de contenidos existentes (pero inexpressos)¹⁷ en el mismo derecho objetivo: “en muchas ocasiones los jueces, de acuerdo con su función de hacer efectivo el Derecho objetivo, tienen que realizar transformaciones de las propias normas del Derecho objetivo para poder resolver los casos que se les presentan” (Aguiló, 2015, p. 1054). En consecuencia, decir que la actividad judicial (la *jurisprudencia* y el *precedente*)¹⁸ es una fuente jurídica material “no significa que [los jueces] tengan atribuida la

¹⁷ Se visualiza, entonces, al ordenamiento jurídico como “un conjunto de normas expresas e inexpressas” (Guastini, 2017, p. 109). “La construcción jurídica consiste en una vasta serie de operaciones (elaboración, concretización y ponderación de principios generales; extensión analógica de normas; jerarquización axiológica de normas; etc.) las cuales, todas, se resuelven en acreditar la existencia en el ordenamiento de alguna norma inexpressa. Se entiende que distintas construcciones acreditan la existencia en el ordenamiento de diversas normas inexpressas” (Guastini, 2017, p. 109).

¹⁸ La jurisprudencia y el precedente son “dos modelos básicos de incorporación de normas de origen judicial al derecho objetivo” (Aguiló, 2015, p. 1049).

función de cambio del sistema jurídico” (Aguiló, 2015, p. 1054), sino simplemente que están destinados a generar (cuando el problema jurídico lo exija y condicionados siempre por el derecho objetivo y la unidad que hace a su ser) las reglas jurídicas que las fuentes legales no llegaron a prescribir para la solución de ciertos casos jurídicos; es decir: ante la indeterminación del derecho objetivo frente a algunos problemas, la actividad judicial tiene la obligación de explicitar (por así decirlo) criterios implícitos en el propio derecho objetivo, que justifiquen la producción (construcción) de nuevas prescripciones jurídicas con las cuales se sustenten soluciones que posean toda la fuerza del derecho.

ii) La norma de origen judicial construida a partir del derecho objetivo debe ser *universalizable*; ergo, una norma general y abstracta que compromete hacia el futuro. Se parte aquí del presupuesto de que sólo una norma universalizable puede constituirse en un criterio universal que justifique una decisión judicial: “Para que una decisión se nos presente como justificada debe ser universalizable; esto es, debe fundarse en un criterio universal” (Aguiló, 2015, p. 1054). En ese sentido, la exigencia de que toda norma jurídica producida por la actividad judicial sea un criterio universal de justificación, implica la exigencia de su aplicación a todo caso jurídico que presente similitudes significativas con el caso jurídico que propició su producción: “La universalidad tiene implicaciones pragmáticas hacia el futuro; supone el compromiso de tomar la misma decisión bajo las mismas condiciones” (Aguiló, 2015, p. 1054). Desde esta perspectiva, resulta pues que la razón de ser de la actividad judicial como fuente jurídica radica en el hecho de producir normas generales y abstractas, que (en cuanto tales) no sólo regulan el caso para el cual fueron creadas sino también cualquier otro que presente con aquél analogías relevantes; propuesto de otra forma: siempre y cuando la norma de origen judicial sea universalizable (esto es, un criterio universal de justificación expresado en una norma general y abstracta que tiene implicaciones

pragmáticas hacia el futuro), podrá predicarse de ella su condición de norma jurídica.

Esta interpretación de la actividad judicial como fuente jurídica de ‘derecho general’ no coincide, luego, con aquella otra que ubica la esencia creadora de la jurisdicción en el hecho de producir (exclusivamente) ‘derecho individual’ (según esta última interpretación, los jueces sólo producen normas individuales y concretas, pero no normas generales y abstractas)¹⁹.

La gran diferencia entre las normas generales creadas por el legislador y las normas generales creadas por los jueces radica en que las primeras son vistas fundamentalmente como un producto de la voluntad de ciertos sujetos, mientras que las segundas son percibidas básicamente como un producto de la razón, de la elaboración racional del propio Derecho o del método jurídico. (Aguiló, 2015, p.1057)

Ahora bien, lo explicado sobre las normas de origen judicial nos da pie para aprehender la razón de ser de otras fuentes jurídicas que no están establecidas en el derecho positivo.

Abordemos, primero, el tema de la doctrina jurídica como fuente del derecho.

Si el poder jurídico (elemento voluntarista de la generación de normas) es exclusivo y excluyente (solo lo tienen aquellos a quienes se les ha conferido) y, en consecuencia, separa a los titulares (por ejemplo, los jueces) del resto de la comunidad jurídica y de los ciudadanos en general, la posibilidad de extraer

¹⁹ Nosotros nos sumamos a la interpretación contraria, que establece que “no constituye producción del derecho: ni la mera repetición de normas preexistentes, ni el establecimiento de prescripciones individuales o concretas («El asesino Ticio debe ser castigado») que sean meras consecuencias lógicas de normas preexistentes («Todos los asesinos deben ser castigados»)” (Guastini, 2017, p. 94).

y/o justificar conclusiones normativas que van más allá de lo dispuesto por las normas del Derecho objetivo no es privativa de ningún titular de ningún poder normativo. Es decir, la elaboración racional del propio Derecho objetivo no es exclusiva ni excluyente, está abierta a todos los que usan el Derecho para resolver casos y/o evaluar las soluciones dadas a los mismos. (Aguilo, 2015, pp. 1055-56).

Dicho de otra forma: aquello que nos permite comprender la labor de la doctrina jurídica (del ‘derecho científico’) como fuente productora de derecho es el hecho de que los juristas teóricos (de forma similar a los jueces, pero sin necesidad de estar facultados por una norma de competencia) asumen como una de sus tareas la elaboración racional del derecho objetivo, esto es: la construcción racional del derecho implícito que está ya contenido en el derecho explícito.

Si por “Derecho explícito” se entiende *grosso modo* el que es el producto de actos normativos realizados por autoridades jurídicas (las disposiciones generales), el Derecho implícito será el que es un resultado de la elaboración racional del Derecho explícito o, lo que es lo mismo, un producto del método jurídico. (Aguiló, 2015, p. 1057).

La elaboración racional de derecho objetivo no es una tarea privativa de las autoridades jurídicas: explicitar el derecho implícito es una actividad abierta al ciudadano en general y, con mayor razón, a los dogmáticos del derecho; a través de su labor doctrinaria los juristas teóricos *justifican* modificaciones al ordenamiento existente y devienen (a raíz de esta labor argumentativa) en actores fundamentales en la generación de nuevas normas jurídicas (o en la supresión de las preexistentes); propuesto de otra forma: los tratadistas son fuente del derecho porque sus *opiniones* justificadas devienen en verdaderos propulsores de cambios estructurales en el ordenamiento jurídico (ocurran éstos a mediano o largo plazo). En palabras de Legaz y Lacambra (1972):

El legislador y el juez se inspiran de hecho, muy frecuentemente, en las concepciones jurídicas dominantes entre los tratadistas. Y si bien es cierto que muchas veces la ciencia jurídica va a remolque de la legislación –y eso justifica parcialmente el dicho de KIRCHMANN: “tres palabras rectificadoras del legislador hacen inútiles bibliotecas jurídicas enteras”- también se da el caso contrario, a saber, que la legislación va tan influida por la ciencia jurídica que se llega a una total oposición al Derecho popular, y no es la legislación la que crea muchos de los conceptos jurídicos que recoge, sino la ciencia del Derecho la que los impone al legislador. (p. 613)

Se aprecia, entonces, que la doctrina jurídica es incluida en el catálogo de las fuentes del derecho debido a su función justificadora: los tratadistas (al igual que los jueces, pero de forma *indirecta*) construyen derecho sólo en la medida en que sus construcciones estén debidamente justificadas, es decir, siempre y cuando éstas expresen (y no quebranten) la unidad del derecho; y la función de los jueces (también de los legisladores), en este caso, es materializar las opiniones de los tratadistas; pero la fuente, repitámoslo, será la doctrina (los legisladores y jueces son sólo un medio que canaliza la producción jurídica de los juristas teóricos).

¿Qué pasa con los principios generales del derecho?

De forma similar a la doctrina, los principios generales del derecho suelen ser parte del catálogo de las fuentes jurídicas a pesar de que no son calificados como tales por el derecho positivo; y si llegan a serlo²⁰ encontramos que no tienen ninguna correspondencia ni con el esquema de las fuentes-actos ni con el de las fuentes-hecho.

²⁰ Lo expresado en el Código Civil español (Real Decreto de 24 de julio 1889), Art. 1, es uno de esos casos particulares en los que los principios generales del derecho son definidos legalmente como fuentes jurídicas.

¿En qué radica, entonces, el que los principios generales del derecho sean fuentes del derecho si no son actos ni hechos jurídicos productores reglas jurídicas?

Para entender la naturaleza productora de los principios jurídicos debemos remitirnos (como lo hicimos con la jurisprudencia y la doctrina) a su rol esencialmente justificativo: los principios generales del derecho son fuentes generadoras de derecho porque en el momento en que las fuentes-acto y las fuentes-hecho no establezcan normas que propicien soluciones jurídicas, esas prescripciones podrán ser generadas en cuanto sean justificadas por los principios generales del derecho. En pocas palabras: los principios generales del derecho producen reglas jurídicas porque estas últimas justifican su existencia por el *diálogo* que sostienen con tales principios (en términos filosóficos, se trata de una *dialéctica principios-reglas*).

Aceptar la distinción entre principios y reglas supone aceptar que los principios cumplen una función justificativa en relación con las reglas, pues permiten verlas no sólo como manifestaciones de voluntad de una autoridad, sino como expresión de una ponderación de principios para el caso genérico que ellas regulan. Es decir, permite ver a todas las reglas jurídicas como normas dotadas de un sentido protector y/o promocional de ciertos valores y/o bienes jurídicos. (Aguiló, 2015, p. 1059)

Con esto en mente, resulta posible entender por qué Legaz y Lacambra (1972, pp. 609-10) visualiza a los principios generales del derecho como fuentes jurídicas en el sentido de *fundamento* (y no los subsume ni en las fuentes formales ni en las materiales): los principios generales del derecho son fundamento filosófico de cualquier regla jurídica, vale decir: ellas existen en tanto y en cuanto dialogan con, y se justifican en, los principios generales del derecho (de ahí que éstos sean su fuente generadora).

“Para la interpretación filosófica (...) se trata de verdades jurídicas universales, de principios filosóficos que expresan el elemento constante y permanente del Derecho, el fundamento de *toda* legislación positiva” (Legaz y Lacambra, 1972, p. 604).

Explicado esto, pasemos a colegir unas breves conclusiones de las fuentes jurídicas materiales.

Es fuente jurídica en sentido material -sin importar su nominación, procedimiento o el órgano del cual promane- cualquier hecho (en el sentido más amplio del término) que no encaja en el esquema (ya establecido y delineado por el derecho positivo) de las fuentes-acto o de las fuentes-hecho, pero que sí posee (por así decir) la potencia necesaria para producir normas jurídicas.

Aunque el núcleo esencial de la doctrina de las fuentes está constituido por las fuentes formales del derecho (actos y hechos jurídicos de los que depende la creación de normas jurídicas y el régimen de las normas producidas) (Aguiló, 2015, pp. 1023-24), la teoría jurídica no pudo dejar de lado otras fuentes productoras de reglas jurídicas al objeto de resolver problemas jurídicos que no hallaron solución en las prescripciones emanadas de las fuentes formales; y es ahí donde cobran sentido las fuentes materiales: éstas existen para generar las normas de derecho exigidas por los problemas jurídicos; en otras palabras: existen con el propósito de producir proposiciones prescriptivas que - expresando y realizando la unidad del derecho- brinden soluciones jurídicas que contengan toda la fuerza del derecho.

Este panorama de las fuentes materiales del derecho nos refleja, entonces, que ellas se accionan cuando existen casos jurídicos cuya solución no está dada por las fuentes formales; y debido a ello las denominadas fuentes materiales sólo pueden ser cabalmente comprendidas si se pone de relieve el papel que juega la argumentación jurídica en la construcción de sus normas jurídicas: la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho son fuentes jurídicas

sólo en la medida en que entre ellas y las reglas jurídicas que producen existe la mediación de una argumentación que justifica, a la luz de la unidad del derecho, el contenido de las nuevas normas jurídicas.

En suma: si no se diera la argumentación que justifica la generación de sus reglas jurídicas, jamás podríamos comprender por qué la jurisdicción, la doctrina y los principios jurídicos son catalogados como fuentes del derecho.

Sin embargo, con esto no queremos decir que el papel de la argumentación jurídica únicamente incumba a las fuentes jurídicas en sentido material. A decir verdad, su importancia fue puesta ya de manifiesto cuando abordamos la cuestión de las fuentes-hecho: éstas requieren (dijimos) que sus reglas sociales -a ser aplicadas a un problema jurídico- prueben, de forma argumentada, que el contenido que comportan es compatible con la unidad de propósitos del sistema jurídico (pues sólo así las reglas sociales llegan a ser consideradas verdaderas reglas jurídicas); no obstante, en el caso del derecho consuetudinario, es necesario distinguir que la regla social que deviene en regla jurídica no es una prescripción que haya sido propiamente ‘creada’ por el trabajo argumentativo: la regla social emana de un hecho social y, por lo tanto, existe ya a plenitud mucho antes de que la argumentación jurídica pruebe su coherencia normativa (aunque sí es cierto que sólo la labor argumentativa -tamizada por la jurisdicción- es la que permite que la norma social ya generada mute en regla jurídica aplicable a problemas jurídicos). Sucede, pues, algo completamente distinto con las reglas emanadas de una fuente material: en este caso, es la argumentación jurídica la que -en sentido estricto- crea la norma de derecho; o en otras palabras: la regla jurídica no existe en absoluto si no es a partir de su justificación.

Por consiguiente, a medida que nos alejamos de las fuentes formales encontramos que la argumentación jurídica desempeña el rol principal en la generación del derecho; y ello es así en razón de que la intelección de las denominadas fuentes materiales sólo es posible si concebimos

que la *causa final* de su existencia consiste en generar normas que solucionen problemas jurídicos, que las prescripciones establecidas en el derecho positivo no abarcan en su radio de aplicación²¹.

Queda todavía un aspecto por revisar para concluir nuestra exposición de las fuentes materiales: nos referimos a las fuentes *extra ordinem*; pues “es, aún, en virtud de un criterio material de identificación que se consideran fuentes del derecho aquellos hechos (no previstos como hechos productivos de derecho por ninguna norma sobre la producción jurídica) que se suelen denominar «fuentes *extra ordinem*»” (Guastini, 2017, pp. 98-9).

Posicionados enfrente de las fuentes *extra ordinem*, vemos que el criterio material se extiende aún más: ya no se restringe únicamente a la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho, sino que engloba, justamente, *cualquier hecho* capaz de producir derecho:

“Ejemplo paradigmático (y, al mismo tiempo, caso *extremo* [énfasis agregado]): una revolución victoriosa o un golpe de Estado que logre instaurar también un nuevo ordenamiento constitucional. Al respecto, se habla habitualmente de fuentes *extra ordinem*” (Guastini, 2017, p. 134).

En este ejemplo, luego, no se refieren únicamente actos (o simplemente hechos) a los que el derecho positivo no les ha otorgado de antemano la capacidad de crear reglas de derecho, sino actos a los que ningún ordenamiento jurídico podría prever como productores de derecho, sin haberlos regulado también como actos jurídicos (esto es, actos *lícitos*) cuyo efecto es, en un total contrasentido lógico, operar (apoyados en la legalidad) el quebrantamiento del propio sistema de derecho.

²¹ Por este motivo Aguiló (2015) propone que, a diferencia de las fuentes jurídicas formales (cuya intelección se da desde el mismo sistema jurídico: *fuentes desde el sistema*), la razón de ser del resto de fuentes jurídicas sólo puede ser aprehendida si se las analiza como *fuentes desde el problema*.

Ahora, si bien es cierto que ningún ordenamiento jurídico cae en semejante incongruencia (es decir, regular un acto revolucionario o un golpe de Estado como actos jurídicos), una vez que tales actos alcancen el éxito en su desobediencia y consecuente quebrantamiento del ordenamiento vigente, no queda más que entender que ellos son (exactamente) la fuente del nuevo sistema de derecho o, si es suficiente para sus fines, de la supresión de la “la antigua constitución y ciertas leyes esenciales. [Y] una gran parte de las leyes dictadas bajo la vieja constitución permanecen, como se suele decir, en vigencia” (Kelsen, 1982, p. 218). Sea como fuere, bien instaurando por completo un nuevo orden jurídico o bien reemplazando sólo la vieja constitución por una nueva, estamos frente al caso típico en el que las reglas de derecho emergen de hechos que no sólo no están previstos normativamente como creadores de derecho, sino que son ejecutados *desde fuera* y (ergo) *en contra* del ordenamiento jurídico válido (el cual, por necesidad lógica, no puede catalogarlos más que como actos *ilícitos*, hechos que configuran un delito de alta traición).

Por último, si el ensanchamiento del criterio material nos lleva a esas observaciones, cómo no mencionar también (siquiera brevemente) la importancia que conlleva el tramado *ideológico* para la creación de las normas jurídicas: la génesis del derecho, tanto en lo que hace a sus métodos de producción como a su contenido, no es ajena a las interpretaciones dominantes que los hombres tienen de la realidad ni a las causas que las determinan. Jugando un poco con la propuesta de Marx (2002) ¿Sería posible concebir el derecho de propiedad privada, los contratos de transferencia de dominio y la existencia de notarios de fe pública, si no es a partir de un modo de producción y su correspondiente aparato ideológico que requieren, para su pervivencia, la generación y consagración de un sistema jurídico cuyo contenido les sea funcional? O siguiendo simplemente a Sagüés (2004) ¿Acaso es posible no representarse al derecho constitucional como un *derecho ideologizado*?

Vemos, entonces, que cuanto más ampliamos el criterio material para comprender el problema de la producción de las normas jurídicas, ingresamos a un territorio en el que la ciencia del derecho toca sus propios lindes y el conocimiento está obligado a discurrir explicaciones que ya no pueden ser -ni requieren ser- estrictamente jurídicas. Éste es, pues, un nuevo espacio, que demanda una visión de conjunto capaz de ampliar la comprensión más allá de los bordes del derecho.

3. El origen del derecho a la vista del Artículo 410 de la Constitución Política de Bolivia

El Art. 410 de la Constitución Política de Bolivia (2009) dispone:

I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidas a la presente Constitución.

II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de la legislación departamental, municipal e indígena. 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

En este lugar, ciertamente, no se pretende discurrir el origen mismo de las normas constitucionales (vale decir, profundizar en una teoría de la Constitución), ya que para nuestros fines es suficiente conocer que

cuando se trata del origen prístino de una Constitución, nuestra atención debe enfocarse en las mencionadas fuentes *extra ordinem*.

Lo que se busca, en cambio, es reflexionar sobre la incidencia que tiene hoy en día el conjunto de normas constitucionales (ya creadas) en la producción del derecho. En otras palabras: deseamos conocer, a partir del Art. 410 de la Constitución Política de Bolivia (2009), cómo el *proceso de constitucionalización* de los ordenamientos jurídicos (Aguiló, 2015) obliga a la teoría de las fuentes jurídicas a ampliar su radio de acción (tradicionalmente circunscrito por sus fenómenos ya consolidados) y abordar la producción del derecho (cualquiera sea su fuente) como una realidad que sólo es posible en virtud de la totalidad de normas constitucionales ya imperantes.

Vale decir: en el momento en que tenemos presente que la existencia de toda norma jurídica (el conjunto de normas *derivadas* o dependientes) descansa, en última instancia, en las normas constitucionales (esto es, en normas *originarias* independientes, provenientes históricamente de un poder *extra ordinem*: el *poder constituyente originario*; o, en su caso, en normas constitucionales emergentes de un *poder constituyente derivado*) (Guastini, 2017; Sagües, 2004), resulta que el origen del derecho ya no puede ser analizado sin hacer referencia explícita al papel que juega la Constitución en la producción de toda regla de derecho.

Como bien indica Legaz y Lacambra (1972): “El derecho se configura como un sistema de legalidad porque la unidad de un ordenamiento jurídico se basa en una norma fundamental [la Constitución] de la que derivan todas las demás” (p. 620).

En primera instancia, se puede colegir (de todo lo anteriormente expuesto) que la Constitución precisa y regula, de forma originaria, cuáles son las fuentes-acto y las fuentes-hecho de las normas jurídicas derivadas (o sea, cuáles son las fuentes jurídicas formales

fundamentales a partir de las cuales se construye un ordenamiento jurídico).²²

En efecto, según corresponde a la naturaleza de las fuentes-acto, la Constitución determina, a través de normas constitucionales de competencia, qué autoridades (qué órganos) tienen (por decirlo así) la competencia primera de realizar actos jurídicos productores de normas jurídicas²³; e indica, en vista de la fuente-acto productora de derecho, si una norma jurídica derivada tiene una jerarquía normativa superior o inferior a la de otra regla de derecho que haya sido producida por otra fuente-acto (además de señalar, claro está, que la norma constitucional es la que goza de la máxima jerarquía normativa)²⁴.

²² En relación a las fuentes-acto, por ejemplo, tenemos que los Arts. 162-64 de la Constitución Política de Bolivia (2009), concernientes al Procedimiento Legislativo, son las normas constitucionales que regulan los actos conducentes a la producción de leyes; en lo que respecta a las fuentes-hecho, resulta útil citar el caso del Art. 374.II (Constitución Política de Bolivia, 2009): “El Estado reconocerá, respetará y protegerá los usos y costumbres de la comunidades, de sus autoridades locales y de las organizaciones indígena originaria campesinas sobre el derecho, el manejo y el uso sustentable del agua”.

²³ Así, pues, el Art. 158.III de la Constitución Política de Bolivia (2009) indica como parte de las atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional: “Dictar leyes, interpretarlas, derogarlas, abrogarlas y modificarlas”; por su parte, el Art. 172.8 (Constitución Política de Bolivia, 2009) señala que una de las atribuciones de la Presidenta o Presidente del Estado (Órgano Ejecutivo) es: “Dictar decretos supremos y resoluciones”.

²⁴ Conviene recordar aquí lo siguiente: tanto las fuentes-hecho como las fuentes materiales actualizan su potencia productora de normas jurídicas en el momento en que las reglas de derecho producidas por una fuente-acto no brindan cobertura explícita al problema jurídico planteado; por lo tanto, el régimen jurídico de las normas jurídicas producidas por tales fuentes está siempre supeditado a las normas producidas por una fuente-acto.

De hecho, en lo que hace a la costumbre y a la jurisprudencia, la norma producida por estas fuentes será siempre jerárquicamente inferior a las normas creadas por una fuente acto; ahora, si bien esa es la regla en lo que hace a las fuentes-hecho y a la jurisprudencia, debe notarse que en el caso de la doctrina y los principios generales del derecho, la jerarquía de la norma

¿Y acaso no es esto último lo que hace el Art. 410.II (Constitución Política de Bolivia, 2009) cuando determina, en el denominado ‘bloque de constitucionalidad’, cuál es la jerarquía que rige la aplicación de las normas jurídicas?

Ahora, si bien lo previamente analizado nos apertura el entendimiento respecto a la importancia radical que tiene la Constitución en la creación del derecho, nuestra explicación será incompleta si no abordamos la Constitución (esencialmente) como una totalidad de normas que expresa en sí misma la unidad del derecho y de la cual depende, ergo, la plenitud y armonía de todo el ordenamiento jurídico que pueda emanar de las clásicas fuentes jurídicas.

El *quid* de la cuestión radica, entonces, en que la Constitución no es sólo un conjunto de normas que regulan los procedimientos para la producción del derecho (no es únicamente el lugar en el que se regulan las fuentes formales originarias), sino que ella misma es *en sí* (por así decir) consistencia y coherencia normativas (unidad de deberes y unidad de propósitos) de las que depende toda la producción jurídica con vistas a su aplicación. En otras palabras: debemos prestar atención a que el proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos ha hecho que la Constitución devenga en la primigenia unidad del derecho sobre la cual descansa toda la futura producción del derecho (sólo en la medida en que entendamos esto, podremos comprender también, por un lado, por qué el derecho delegado y el derecho reconocido, así como el que emerge de la jurisprudencia, la doctrina o los principios generales del derecho, están siempre condicionados, en su validez, a la Constitución Política del Estado; y,

que emana de tales fuentes materiales *depende*, en última instancia, de la autoridad a través de la cual la norma en cuestión logra ingresar al ordenamiento jurídico (pues no es lo mismo que la doctrina genere derecho a través de la mediación final de un legislador a que lo haga a través de la de un juez). Por último, tampoco debe perderse de vista que la jurisprudencia como fuente del derecho sólo entra en movimiento a falta de una norma jurídica proveniente de una fuente formal.

por otro, por qué toda persona, natural y jurídica, o cualquier autoridad e institución en general, están sometidas -por igual- a las normas constitucionales (Constitución Política de Bolivia, 2009, Art. 410.I)).

En efecto, cuando observamos el caso boliviano, resulta que el Art. 410 (Constitución Política de Bolivia, 2009) es la norma que explicita la constitucionalización de su ordenamiento jurídico; esto es: el Art. 410 (Constitución Política Bolivia, 2009) es la norma que evidencia el carácter de la Constitución como un sistema unitario en el que el conjunto de normas constitucionales comporta en sí la unidad de deberes y la unidad de propósitos de las cuales depende la producción de cualquier norma derivada y, por ende, la coherencia y consistencia normativas de todo el ordenamiento jurídico producido a partir de la Constitución; luego, por lógica, tenemos que ninguna de las tradicionales fuentes jurídicas podrá producir reglas que sean incompatibles con la consistencia y coherencia normativas que son propias del conjunto de normas constitucionales.

En suma: el Artículo 410 (Constitución Política de Bolivia, 2009) revela que el proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos ha logrado hacer de la Constitución (de la unidad del derecho constituida por el conjunto de normas constitucionales) la primera fuente del derecho, pues su consistencia y coherencia normativas son las que determinan, en última instancia, cuándo una norma es o no jurídica; de ahí, que se afirme que “la constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa” (Constitución Política de Bolivia, 2009, Art. 410.II).

Siguiendo esta línea de reflexión, finalmente, es como debemos también aproximarnos a la comprensión del mencionado ‘bloque de constitucionalidad’ (Constitución Política de Bolivia, 2009, Art. 410.II), que determina y jerarquiza, con vistas a su aplicación, los distintos tipos de normas que integran la totalidad del ordenamiento jurídico boliviano.

Con su bloque de constitucionalidad, la Constitución boliviana señala (en su cualidad de primera fuente jurídica y eje gravitacional del sistema jurídico) que cualquier norma derivada que vaya a ser aplicada a un problema jurídico está jerárquicamente supeditada (en última instancia) a la aplicación previa de las normas constitucionales; esto es: en presencia de cualquier problema jurídico que deba ser zanjado, antes de aplicar a su solución cualquier norma derivada, deberá constatarse que su aplicación no contradice –por razones de jerarquía– lo dispuesto por las normas constitucionales; o visto desde otro ángulo: la aplicación de una norma derivada a un caso concreto supone (por razones de jerarquía) que las normas constitucionales están siendo también aplicadas, ya que, por una parte, la aplicación de la norma derivada debe ser equivalente a aplicar la unidad de propósitos constituida por las normas constitucionales y, por otra, el cumplimiento de lo que la norma derivada exige debe ser compatible con la unidad de deberes configurada por la propia Constitución (y si asistiésemos a la eventual contradicción entre una norma derivada y las normas constitucionales, la Constitución –primera fuente del derecho– ha resuelto ya el problema en su bloque de constitucionalidad).

Vemos, pues, a partir del Art. 410 de la Constitución Política de Bolivia (2009), que nuestra comprensión del origen del derecho alcanza mayor claridad si no nos restringimos al estudio tradicional de las fuentes formales y materiales, y tomamos en cuenta también el fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos. Es decir: sólo en la medida en que ampliamos nuestro objeto estudio al fenómeno jurídico de la norma constitucional y a la primacía que ésta comporta dentro del ordenamiento jurídico, se manifiesta ante nosotros el valor substancial que hoy en día tiene la Constitución en la producción del derecho y (con ello) la necesidad de que la teoría de las fuentes jurídicas amplíe su radio de acción a los efectos jurídicos provenientes del acontecimiento (histórico-político-jurídico) que conocemos bajo el nombre de *Estado constitucional de derecho*.

4. Conclusiones

Nuestro estudio fue motivado por el interés de alcanzar una comprensión de las denominadas fuentes jurídicas; esto es: a) poner de manifiesto la importancia vital que el conocimiento del origen del derecho implica para la práctica jurídica y la aprehensión del derecho (vale decir: exponer que sólo en la medida en que conocemos cuáles son las fuentes jurídicas es posible practicar el derecho y captar que éste es un fenómeno cuya existencia está dirigida a lograr la seguridad jurídica de que en toda decisión que resuelve un caso jurídico la práctica del derecho obedece y realiza la unidad del derecho); b) profundizar, según a), qué significa afirmar que la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho son fuentes del derecho; y c) revelar que la teoría clásica de las fuentes jurídicas, hoy en día, sólo puede ser cabalmente comprendida si se explicita el rol que la Constitución Política (la unidad de normas constitucionales) desempeña en la producción del derecho en sociedades atravesadas por la constitucionalización de sus ordenamientos jurídicos. En resumen: nuestra investigación intentó comprender por qué las fuentes del derecho son algo ‘demasiado fundamental’.

En ese sentido, ante la variedad de normas que regulan la vida de los individuos, el estudio nos muestra que resulta indispensable identificar cuándo una norma es o no una regla de derecho, pues los problemas jurídicos únicamente pueden ser solucionados con la aplicación de normas jurídicas que desde su creación se encuentran sujetas a determinado régimen jurídico y a una relación de unidad con el resto de normas que componen la totalidad del ordenamiento vigente. Luego, si la identificación del derecho es ineludible para la práctica jurídica (pues permite distinguir el derecho de su ambiente con vistas a su aplicación), también resulta inevitable distinguir cuáles son las fuentes del derecho, puesto que una norma es jurídica sólo en la medida que promana de una fuente jurídica; o en otras palabras: un caso

jurídico únicamente puede ser resuelto con base en normas que hayan sido producidas por alguna fuente del derecho.

Cuando una norma es producto de una fuente jurídica, ésta le otorga la juridicidad exigida para poder ser aplicada a problemas jurídicos y lo hace, siempre, definiendo su jerarquía normativa (el tratamiento que le corresponde) y otorgándole toda la fuerza que su creación comporta porque su producción sólo es posible si ella es compatible con la unidad de deberes y la unidad de propósitos que constituyen la plenitud del derecho; y cuando tenemos que la solución de un caso jurídico está ciertamente fundamentada en una regla producida por una fuente jurídica, es posible afirmar que la solución a la cual se arribó exhibe toda la fuerza del derecho, esto es: existe la seguridad jurídica de que la solución dada al problema jurídico no es resultado de una decisión libre (arbitraria) de la autoridad que conoce el caso, sino del derecho en tanto fuerza unitaria. Vemos, entonces, cómo las fuentes jurídicas posibilitan la práctica jurídica y la comprensión del derecho como un fenómeno constitutivamente unitario y práctico, destinado a generar soluciones que comporten toda la fuerza del derecho.

Vislumbrada así la importancia de las fuentes jurídicas (es decir, a partir de la idea de la unidad del derecho en la práctica jurídica), nuestra investigación pasó a centrar su atención en la tradicional teoría de las fuentes del derecho al objeto de diferenciar en qué sentido cada una de las clásicas fuentes jurídicas se constituye en el origen de las reglas de derecho que componen un ordenamiento jurídico, cuya razón de ser es brindar soluciones que exhiban toda la fuerza del derecho.

La teoría clásica divide las fuentes jurídicas en fuentes formales y fuentes materiales, y devela que las normas jurídicas producidas por las fuentes formales poseen una jerarquía normativa superior a las normas generadas por las fuentes materiales.

En efecto, observamos que existe (por así decir) un consenso respecto a tener por fuentes formales únicamente a los fenómenos involucrados

en ley y la costumbre, y que más que visualizar a éstas como fuentes jurídicas en sentido estricto (como usualmente se hace), lo preciso es tener a ambas como los resultados normativos que han sido generados, respectivamente, por fuentes-acto y fuentes-hecho; es decir: las leyes son normas jurídicas producidas por fuentes-acto y las costumbres jurídicas son reglas de derecho producidas por fuentes-hecho (la ley es el ejemplo paradigmático de norma jurídica generada por una fuente-acto, así como la costumbre jurídica lo es de una fuente-hecho). Igualmente, se puede establecer que tanto las fuentes-acto como las fuentes-hecho son fuentes formales del derecho sólo en razón de que las propias normas jurídicas las regulan como tales; esto es: un acto jurídico y un hecho social (como corresponde al caso de una costumbre social) son fuentes formales del derecho en tanto y en cuanto las normas jurídicas ya existentes les asignan la cualidad de ser actos y hechos productores de reglas jurídicas.

Ahora, allende esta coincidencia de que las fuentes-acto y las fuentes-hecho son fuentes formales del derecho en razón de que las normas jurídicas las regulan como tales, entre ambas no dejan de existir claras diferencias: por un lado, las reglas jurídicas generadas por las fuentes-acto tienen una jerarquía superior a las generadas por las fuentes-hecho (razón por la cual estas últimas son aplicadas sólo a falta de las primeras); por otro lado, mientras las normas producidas por las fuentes-acto son efectos jurídicos inmediatos de la aplicación de las normas que regulan los procedimientos de la producción del derecho, las normas emanadas de las fuentes-hecho requieren la mediación del *usus fori*, o sea, necesitan que la costumbre social sea invocada ante, y calificada por, los tribunales como reglas de derecho aplicables al problema jurídico que no encuentra solución en las normas generadas por las fuentes-acto; y, aquí, no debemos dejar de percibir que la argumentación jurídica es el instrumento necesario para que un hecho social asuma las funciones propias de una norma jurídica, pues sólo una debida argumentación en sede judicial es capaz de justificar por

qué cierta costumbre social debe ser tomada como una costumbre jurídica que puede solucionar problemas de derecho.

En lo que respecta a las fuentes materiales, apreciamos que éstas se caracterizan por no estar reguladas (normadas) como fuentes del derecho; vale decir: de modo distinto a lo que sucede con las fuentes-acto y las fuentes-hecho, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho no se distinguen por estar consagrados en las normas jurídicas como fuentes del derecho. De ahí, resulta que las fuentes materiales del derecho vienen a ser todas aquellas que no están contempladas como fuentes jurídicas por el propio ordenamiento jurídico, pero que cumplen esta función siempre y cuando las normas generadas por las fuentes formales no brinden solución a un caso específico.

En lo que hace específicamente a la jurisprudencia, mostramos que ésta deviene en fuente del derecho al momento en que un problema jurídico no encuentra cabal solución en las normas generadas por las fuentes-actos y las fuentes-hecho; en tal situación, y precisamente porque el derecho no puede permanecer en silencio ante un problema que se presenta ante él, son los jueces (los tribunales) quienes a través de su argumentación jurídica están obligados a crear una norma de derecho a fin de solucionar un caso que no está cubierto por las normas jurídicas promanadas de las fuentes formales. Sin embargo, debemos resaltar que a diferencia de lo que sucede con la costumbre jurídica, donde la argumentación realizada en sede judicial está dirigida a constatar que una costumbre social (un hecho social) es pertinente para solucionar un caso jurídico, la argumentación construida por la jurisprudencia en tanto fuente jurídica no tiene como finalidad hacer constar que un hecho social efectivamente generó una regla apta para solucionar cierto problema de derecho, sino que ella misma es la que construye y crea la norma en la cual se fundamenta la solución jurídica; dicho en otros términos: el argumento construido en sede judicial y que sustenta la solución dada a un caso jurídico no contemplado por las normas

vigentes (y que, por ende, no puede hacer referencia a una norma jurídica emanada de una fuente formal porque semejante norma no existe) es la forma en la cual se produce una norma de origen judicial.

Respecto al resto de las clásicas fuentes materiales, tenemos la misma perspectiva: la doctrina y los principios generales del derecho devienen en fuentes jurídicas al momento en que las fuentes formales no generan reglas de derecho que solucionen casos jurídicos o guardan silencio ante problemas cruciales para la vida jurídica de una sociedad; en ese instante, estas fuentes materiales activan su potencia creadora de normas jurídicas y, al igual que sucede con la jurisprudencia, únicamente lo hacen a través de la aptitud que tiene la argumentación jurídica para justificar que el contenido de la nueva regla de derecho propuesta es idóneo para cubrir problemas jurídicos con toda la fuerza del derecho. No obstante, debemos reparar en que a diferencia de las normas de origen judicial, en las que los tribunales -debido a su autoridad para solucionar casos jurídicos- tienen la idoneidad suficiente para que su argumentación dé forma a una nueva regla de derecho que solucione un caso no cubierto por la normas de origen formal, las reglas que emanen de la doctrina y la abstracción propia de los principios generales del derecho requieren estar mediatizadas por una autoridad que tenga la aptitud legal suficiente para que la argumentación construida desde la doctrina y los principios generales del derecho sea el origen último de una nueva regla jurídica; propuesto en otras palabras: tanto la doctrina como los principios generales del derecho no pueden por sí mismos hacer que sus normas pasen a formar parte del ordenamiento jurídico, sino que necesitan la mediación de una autoridad suficientemente facultada para lograr que su producción normativa ingrese de modo efectivo al derecho objetivo.

Un último aspecto que debemos tener en mente acerca de las fuentes materiales: el criterio material no se restringe a los actos ya descritos (es decir, a la producción de normas jurídicas desde sede judicial, la doctrina o los principios generales del derecho) sino que se extiende

a cualquier hecho que tenga la fuerza suficiente para generar derecho, y sea a pesar de estar tipificado como delito. Este es, pues, el caso extremo de una revolución (o un golpe de Estado) y la consiguiente instauración de un poder constituyente (originario) que no posee legitimidad ni legalidad algunas derivadas de una norma jurídica y que, no obstante, es capaz de producir una nueva Constitución sobre la cual se asentará toda la producción futura del derecho. Se trata, en suma, de las denominadas fuentes *extra ordinem*, que trabajan desde fuera del ordenamiento, sin su protección y, lo más inquietante, contrariando sus disposiciones.

Recorrida así la teoría clásica, es necesario subrayar que tanto las fuentes formales como las fuentes materiales (mas no las fuentes *extra ordinem*) pueden producir derecho siempre y cuando las normas que resulten de su actividad productiva sean compatibles con la unidad de deberes y la unidad de propósitos que conforman la unidad plena de un ordenamiento jurídico; es decir: sólo en la medida en que la norma que es objeto de producción posea la consistencia y coherencia normativas que constituyen a un ordenamiento jurídico, ésta tendrá la aptitud requerida para ser considerada una regla de derecho, cuya juridicidad implica que contiene en sí misma la unidad y fuerza del derecho que son exigidas en toda decisión que solucione un problema jurídico.

Finalmente, una vez comprendimos en qué sentido debe entenderse que la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho (las tradicionalmente catalogadas como fuentes del derecho en la teoría clásica) son fuentes jurídicas, nuestra investigación se encaminó a pensar las fuentes del derecho a partir del proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, tomando como ejemplo de análisis el Art. 410 de la Constitución Política de Bolivia.

Según esto, establecimos que el fenómeno histórico representado por la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos hace del conjunto de normas constitucionales (ya sea que provenga de un poder

constituyente originario o de uno derivado) el fundamento último de toda norma jurídica. Es decir: la producción de las normas jurídicas está sujeta, en última instancia, a la unidad de propósitos y la unidad de deberes constituidas por la totalidad de las normas constitucionales; o dicho de otra forma: la unidad de propósitos y de deberes contenida en la Constitución es la primera fuente del derecho, pues cualquiera de las clásicas fuentes jurídicas podrá producir derecho en tanto y en cuanto las normas que promanan de ellas sean compatibles con la unidad de deberes y la unidad de propósitos que son propias de la Constitución. Y es esto, precisamente, lo que abstraemos del análisis que realizamos del Art. 410 de la Constitución Política de Bolivia: este artículo explicita la plena constitucionalización del ordenamiento jurídico boliviano en la medida en que dispone que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa; que toda persona, física o jurídica, órgano público, funciones públicas e instituciones, están sometidas por igual a la Constitución; y que en la aplicación de las normas jurídicas las normas constitucionales tienen la máxima jerarquía normativa. ¿Qué resulta de todo esto? Que la producción de derecho descansa en la Constitución, puesto que la creación de reglas de derecho a ser aplicadas a la solución de problemas jurídicos está (por decirlo así) explícita e implícitamente regulada por las normas constitucionales, las cuales disponen -como una sola totalidad- que únicamente tienen juridicidad aquellas normas que son compatibles con la unidad de deberes y la unidad de propósitos instauradas por la Constitución; y en caso de que no se logre comprobar esa compatibilidad, las normas no pueden ser consideradas como normas jurídicas; en consecuencia, cada una de las tradicionales fuentes jurídicas que integran la teoría clásica producen derecho sólo en la medida en que lo que produzcan esté, a su vez, originado por (a partir de, desde) la propia unidad de deberes y unidad de propósitos que son constitutivas a un orden constitucional. En ese sentido, la aplicación de una norma jurídica tiene la fuerza del derecho y crea seguridad jurídica

únicamente en virtud de que su aplicación es equivalente a aplicar la misma Constitución.

Con esta fundamental idea cerramos el círculo de nuestra disquisición y vemos no sólo que la teoría de las fuentes jurídicas (y la comprensión cabal de cada una de éstas) tiene una vital importancia para la práctica jurídica y el entendimiento del derecho como un fenómeno constitutivamente unitario y práctico, sino también que ella (y cada fuente jurídica que la compone) ya no puede cabalmente comprenderse si no es en su relación con el Estado constitucional de derecho.

5. Referencias

- Aguiló, J. (2015). Fuentes del derecho. En J. Fabra y A. Nuñez (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. (Vol. 2, pp. 1019-66).
<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12688>
- Aristóteles. (1975). *Metafísica*. Madrid: Tecnos.
- Aristóteles. (2011). *Ética a Nicómaco*. Madrid: Tecnos.
- Bobbio, N. (2002). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.
- Constitución Política del Estado [CPE]. 7 de febrero de 2009 (Bolivia).
- Código Civil [CC]. Real Decreto de 1889. 24 de julio de 1889 (España).
- Guastini, R. (2017). *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. Barcelona: Legales Ediciones.
- Guthrie, W. K. C. (2004). *Historia de la filosofía griega. I. Los primeros presocráticos y los pitagóricos*. Madrid: Gredos.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Legaz y Lacambra, L. (1972). *Filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch.
- Marx, K. (2002). *Miseria de la filosofía*. Barcelona: Folio.
- Mosterín, J. (2007). *Aristóteles. Historia del pensamiento*. Madrid: Alianza.
- Reale, M. (1979). *Introducción al derecho*. Madrid: Pirámide.
- Sagües, N. (2004). *Teoría de la constitución*. Buenos Aires: Astrea.
- Sagües, N. (2004). *Teoría de la constitución*. Buenos Aires: Astrea.

Página dejada intencionalmente en blanco

Políticas editoriales y declaración de Ética

Editorial Policy and Statement of Ethics

Página dejada intencionalmente en blanco

Revista de Derecho de la UCB
UCB Law Review

Políticas editoriales, ética y buenas prácticas
Editorial Policy, Ethic and Good Practices

ACERCA DE LA REVISTA

HISTORIA Y MISIÓN

1. La revista inicia su primera publicación en el año 2017. Está a cargo de la Carrera de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” (UCB), regional La Paz.

2. La revista tiene por misión la difusión de investigaciones jurídicas, científicas y originales, con el objetivo de contribuir al conocimiento del Derecho, al desarrollo, al diálogo plural y la generación de buenas prácticas jurídicas en el marco del respeto a los derechos humanos. Está dirigida a académicos, estudiantes y practicantes del Derecho, así como a hacedores de políticas públicas. Las publicaciones de la revista tienen primordialmente naturaleza teórica, deóntica, práctica y aplicada en relación con el análisis jurídico local, regional y global.

LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN

3. Las principales líneas de investigación de la revista son: 1. Derecho social. Trabajo, familia, niñez y adolescencia. 2. Filosofía, historia, ética y moral. 3. Derechos humanos, pluralismo, tutela jurídica, justicia y cultura de paz. 4. Derecho patrimonial civil y comercial. 5. Medio ambiente, recursos naturales y energías. 6. Institucionalidad, administración,

ABOUT THE JOURNAL

HISTORY AND MISSION

1. U.C.B. Law Review’s first issue was in October 2007 under the aegis of the Faculty of Law of the Universidad Católica Boliviana “San Pablo” (UCB) - La Paz.

2. The journal’s mission is to disseminate legal, scientific and original research to contribute to the knowledge of Law, development, plural dialogue and the generation of good legal practices within the framework of human rights. It is aimed at academics, students and legal professionals, as well as public policymakers. The journal’s publications are primarily theoretical, deontic, practical, and applied concerning local, regional, and global legal analysis.

LINES OF RESEARCH

3. The main lines of research of the journal are 1. Social law. Labor, childhood and family. 2. Philosophy, history, ethics and morals. 3. Human rights, pluralism, legal protection, justice and culture of peace. 4. Civil and commercial law. 5. Environment, natural resources and energy. 6. Institutions, administration, penal

derecho sancionatorio, relaciones internacionales y soberanía.

FRECUENCIA DE LA PUBLICACIÓN

4. La revista se publica de forma impresa (ISSN 2521-8808) y digital en lawreview.ucb.edu.bo (ISSN 2523-1510) semestralmente los meses de abril y octubre, aunque también puede publicar números especiales no periódicos. La revista está incluida en Google Scholar.

POLÍTICA DE ACCESO ABIERTO

5. La Revista de Derecho de la U.C.B. es una revista de acceso abierto.

6. El contenido de la revista se publica bajo licencia *Creative Commons* en la licencia reconocimiento – no comercial – compartir igual (BY-NC-SA): no se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

DECLARACIÓN DE PRIVACIDAD

7. La Revista de Derecho de la U.C.B. no comunicará ni transferirá a terceros los datos personales de sus usuarios sin consentimiento expreso de su titular. Se salva el caso de requerimiento judicial.

DIRECTRICES PARA PUBLICAR

CONSIDERACIONES GENERALES

8. Se entiende por manuscrito el texto original que se propone para su publicación en la revista.

9. El envío del manuscrito para consideración de la revista comprende la autorización de su eventual publicación y difusión en formato impreso y digital, la cesión de los derechos de autor para su divulgación,

law, international relations and sovereignty.

PUBLICATION FREQUENCY

4. The journal is published in print (ISSN 2521-8808) and online at lawreview.ucb.edu.bo (ISSN 2523-1510) every six months in April and October, although it can also publish special non-periodic issues. The journal is included in Google Scholar.

OPEN ACCESS POLICY

5. The U.C.B. Law Review is an Open Access Journal.

6. The content of the journal is published under a Creative Commons license in the attribution – non-commercial – share alike license (BY-NC-SA): commercial use of the original work or of possible derived works is not allowed, the distribution of which must be done with a license equal to that which regulates the original work.

PRIVACY STATEMENT

7. U.C.B. Law Review will not communicate or transfer to third parties the personal data of its users without the express consent of the owner, except judicial order.

PUBLICATION GUIDELINES

GENERAL CONSIDERATIONS

8. Manuscript is construed as the original text submitted for publication in the journal.

9. The submission of a manuscript to the journal implies that the authors accept UCB and journal regulations and that the authors agree that, in case their document is accepted for publication, the UCB will have the copyright to

la aceptación de las normas de la UCB y de la revista, y del respectivo sometimiento a ellas.

10. El contenido y los conceptos emitidos en los manuscritos son de exclusiva responsabilidad de quienes tienen su autoría y no necesariamente reflejan la posición de la UCB, de los editores o de la revista.

11. Las investigaciones deben cumplir los estándares previstos para la revisión de pares académicos, ser originales, pertenecer en su autoría a quienes están referidos en el manuscrito y respetar la ética académica. Igualmente, los manuscritos no deben haber sido publicados con anterioridad o haber sido sometidos previamente a consideración de publicación en otro medio, salvo las excepciones manifestadas en la sección de Ética y buenas prácticas para quienes tienen la autoría del manuscrito.

12. Quienes ejercen autoría del manuscrito deberán identificarse e indicar su afiliación institucional y de no tenerla deberán expresar ser investigadores independientes. Adicionalmente, deberán expresar su número de registro ORCID. El registro en esta base de datos puede ser realizado en <https://orcid.org>

13. Los idiomas oficiales de publicación de la revista son español e inglés; sin embargo, la revista se reserva el derecho de publicar en otros idiomas.

14. La revista publicará principalmente investigaciones que hayan sido evaluadas anónima y favorablemente en su mérito formal, material y metodológico por pares académicos. La

distribute it in both printed and electronic format.

10. The content and concepts issued in the manuscripts are the sole responsibility of the authors and do not necessarily reflect the position of the UCB, the publisher or the journal.

11. The research must meet the standards set forth in the criteria for academic peer review, be original, belong in its authorship to those referred to in the manuscript, and respect academic ethics. Likewise, the manuscripts must not have been previously published or previously submitted for publication, with the exceptions set forth in Ethics and Good Practices section For the Authors.

12. Those who are authors of the manuscript must identify themselves and indicate their institutional affiliation, and if they do not have it, they must state that they are independent researchers. Additionally, they must express their ORCID registration number. Registration in this database can be done at <https://orcid.org>

13. The journal's official publication languages are Spanish and English. However, UCB Law Review may publish in other languages.

14. The journal will publish mainly research that has been evaluated anonymously and favorably in its formal, material, and methodological merit by academic peers. The journal

revista referirá en sus publicaciones las fechas de presentación y aprobación de las investigaciones.

15. Las comunicaciones entre la revista, quienes tengan la autoría y las instancias evaluadoras serán realizadas mediante correo electrónico.

16. La recepción de los manuscritos es continua. La revista se reserva la prerrogativa de establecer el orden y tiempo de publicación de los manuscritos recibidos y aprobados por los pares evaluadores en consideración al tiempo natural que demande su proceso de observación-corrección-aprobación, así como la disponibilidad, disposición u ordenación de cada número en razón al criterio que libremente decida la revista.

17. La revista está íntegramente financiada por la UCB. El envío, revisión y publicación de manuscritos son gratuitos.

PRESENTACIÓN Y ESTILO DEL MANUSCRITO

18. Los manuscritos deberán ser remitidos al correo electrónico law.review@ucb.edu.bo en formato digital *Microsoft Word*. En caso de existir gráficos, ellos deberán presentarse también en formato *Microsoft Excel* para efectos de edición.

19. Los manuscritos deberán seguir el formato de la revista y adecuarse al estilo de la Asociación Americana de Psicología (APA por sus siglas en inglés) correspondiente a su 7ª edición en inglés, salvo en los siguientes aspectos:

a) No será necesario encabezado.

will refer to the publication dates and approval of the research in its publications.

15. Communications between the journal, the authors, and the evaluation bodies will be made by email.

16. The reception of the manuscripts is continuous. The journal reserves the prerogative to establish the order of publication of the manuscripts received and approved by peer reviewers, in consideration of the natural time required by their observation-correction-approval process, as well as the availability or arrangement of each issue, based on the criteria that the journal freely decides.

17. UCB entirely funds the journal. The submission, review, and publication of manuscripts are free.

MANUSCRIPT SUBMISSION AND STYLE

18. Manuscripts should be sent to law.review@ucb.edu.bo in *Microsoft Word* digital format. If there are graphics, they must also be presented in *Microsoft Excel* format for editing purposes.

19. Manuscripts must conform to the journal's format and the American Psychological Association (APA) style corresponding to its 7th edition in English, except as follows:

a) No heading will be necessary.

- b) Los subtítulos deberán ser enumerados (1., 2., 3.).
- c) La primera página debe contener: título, resumen y palabras clave en español e inglés. El resumen tendrá un máximo de 200 palabras. El nombre de quienes tienen autoría del manuscrito tendrá una llamada a pie de página que contenga su información profesional, afiliación institucional (cargo e institución), dirección de contacto (correo electrónico) e identificación ORCID. Las fuentes de financiamiento de la investigación, así como su pertenencia a un proyecto más amplio (si es el caso) también deberán ser declaradas.
- d) Las referencias deberán ser organizadas alfabéticamente en sangría francesa. No es admisible incluir fuentes no utilizadas directamente en la investigación, salvo aquellas que hayan influido en la determinación de la naturaleza del trabajo que se informa en la investigación.
- e) Las citas de normas legales comprenderán la siguiente información: artículo, tipo de norma, número o nombre y año: (Art. 1279, Código Civil, Decreto Ley 12760, 1975) o (Art. 17, Ley 439, 2013). El ámbito de origen de la norma deberá ser aclarado en la redacción en los casos que corresponda.
- f) Las citas de jurisprudencia comprenderán tribunal, denominación de la resolución respectiva, número y año: (TCP, Sentencia Constitucional Plurinacional, 1620, 2014). El ámbito de origen de la jurisprudencia deberá ser aclarado en la redacción en los casos que corresponda.
- b) The subtitles must be numbered (1., 2., 3.).
- c) The first page must contain: title, abstract and keywords in Spanish and English. The abstract has a maximum of 200 words. The names of the authors shall contain in a footnote their professional information, institutional affiliation (position and institution), contact address (email) and ORCID. Conflicts of interest, sources of research funding, as well as the membership of the research in a larger project (if applicable), should be specified as well.
- d) References must be organized alphabetically in hanging indentation. It is not allowed to include sources not directly used, except those that have influenced the determination of the nature of the research that is reported in the manuscript.
- e) Quotations of legal norms will include the following information: the concerning article and the type, name, number, and norm's enacting year: (Art. 1279, Civil Code, Decree-Law 12760, 1975) or (Art. 17, Law 439, 2013). The place of origin of the norms must be expressed.
- f) The citations of case law will include the court, name of the respective resolution, number, and year: (TCP, Plurinational Constitutional Judgment, 1620, 2014). The place of origin of the cases must be expressed.

20. La extensión del manuscrito no podrá ser superior a las 12000 palabras.

21. El Formulario de cumplimiento de buenas prácticas académicas de la revista deberá ser llenado, firmado y enviado, junto con el manuscrito, por quienes tienen la autoría del mismo.

PROCESO DE EVALUACIÓN

22. El manuscrito será evaluado por el consejo editorial, que podrá aceptarlo o rechazarlo de acuerdo a sus méritos y al perfil de la revista. El consejo editorial podrá ejercer esta potestad en cualquier momento hasta antes de la publicación del manuscrito y no necesita motivar o justificar su decisión. En caso de aceptación, el manuscrito será editado y remitido a un par académico o árbitro.

23. Para emitir sus evaluaciones, quienes sean pares académicos contarán con un plazo razonable, en el marco de la complejidad y extensión de la investigación.

24. Las observaciones que se comuniquen a quienes tienen la autoría deberán ser subsanadas en un plazo prudente a establecerse por el editor.

25. La revista otorgará criterios para la revisión de pares académicos respecto a la claridad, coherencia (entre lo propuesto, analizado y concluido), orden lógico, relevancia y pertinencia, metodología y rigor científico, sustento, fuentes adecuadas, discusión académica sobre hallazgos, conclusiones respaldadas y originalidad (aporte y novedad) de la investigación.

26. El dictamen sobre la investigación por parte de los pares académicos debe ser motivado. Las posibles decisiones

20. The length of the manuscript cannot exceed 12000 words.

21. The journal's Compliance with Good Academic Practice Form must be completed, signed, and sent together with the manuscript.

REVIEW AND DECISION PROCESS

22. The editorial board will evaluate the manuscript and may accept or reject it according to its merits and the profile of the journal. The editorial board may exercise this power at any time until before the publication of the manuscript and does not need to give reasons for its decision. In case of acceptance, the manuscript will be edited and sent to an academic peer reviewer.

23. To issue their evaluations, the arbitrators will have a reasonable period according to the complexity and length of the manuscript.

24. The observations communicated to the authors must be corrected within a reasonable time to be established by the editor.

25. The journal will grant criteria for the academic peer review regarding clarity, coherence (between what is proposed, analyzed, and concluded), structure, relevance and pertinence, methodology and scientific rigor, sustenance, adequate sources, academic discussion on findings, supported conclusions and originality (contribution and novelty) of the research.

26. The opinion on the research by academic peers must be motivated. The possible decisions of the opinion on the

del dictamen sobre el manuscrito son las de: a) aceptación para publicación, b) publicable con correcciones menores, c) publicable luego de una revisión substancial y d) rechazo de publicación.

27. El Formulario de dictamen de pares académicos de la revista deberá ser llenado, firmado y enviado por los pares académicos.

28. Los editores comunicarán la aceptación o rechazo del manuscrito a quien lo hubiese sometido a la revista para su revisión y publicación, pudiendo mantener en reserva la motivación del dictamen.

manuscript are a) acceptance for publication, b) publishable with minor corrections, c) publishable after substantial revision, and d) rejection of publication.

27. The journal's Manuscript Evaluation Form for Academic Peers must be completed, signed, and sent by the academic peer.

28. The editor will communicate the acceptance or rejection of the manuscript to whoever submitted it to the journal for review and publication and may keep the motivation of the opinion confidential.

ÉTICA Y BUENAS PRÁCTICAS ***ETHIC AND GOOD PRACTICES***¹

PARA LOS EDITORES:

29. La evaluación de los manuscritos presentados sucederá exclusivamente respecto a su mérito académico (importancia, originalidad, validez del estudio, claridad y coherencia) y su relevancia para el alcance de la revista. No se tendrá en cuenta raza, orientación sexual, religión, origen étnico, filosofía política o afiliación institucional.

30. Las decisiones de editar y publicar no están determinadas por las políticas de los gobiernos ni de ninguna otra institución fuera de la propia revista. Los editores tienen plena autoridad sobre todo el contenido editorial de la revista en resguardo de su misión y objetivo, así como del momento de publicación de dicho contenido.

31. Los editores y el personal editorial no divulgarán ninguna información sobre el manuscrito enviado hasta su publicación, salvo a quienes tienen su autoría, los revisores, otros asesores editoriales y editores, según corresponda.

32. Los editores y miembros del consejo editorial no utilizarán la información no publicada y revelada en el manuscrito enviado para sus propios fines de investigación sin el consentimiento explícito por quienes tienen su autoría.

FOR THE EDITORS:

29. The evaluation of the submitted manuscripts will happen exclusively concerning their academic merit (importance, originality, the validity of the study, clarity and coherence) and their relevance to the scope of the journal. Race, sexual orientation, religion, ethnic origin, political philosophy, or institutional affiliation will not be considered.

30. Decisions to edit and publish are not determined by the policies of governments or any other institution outside of the journal itself. The editor has full authority over the editorial content of the journal in keeping with its mission and objective, as well as the time of publication of said content.

31. Editors and editorial staff will not disclose any information about the submitted manuscript until its publication, except to authors, reviewers, other editorial advisers and the publisher, as appropriate.

32. Editors and editorial board members will not use the unpublished and revealed information in the submitted manuscript for their research purposes without the explicit consent of the authors. Insider information or ideas

¹ The ethics statement is adopted and adapted voluntarily as a guideline from the Committee on Publication Ethics (COPE). It is clarified that neither the journal nor its editors belong to this Committee. These guides can be reviewed in their original and complete version on the site <http://publicationethics.org>

La información privilegiada o las ideas obtenidas por los editores como resultado del manejo de la investigación se mantendrán confidenciales y no se utilizarán para su ventaja personal.

33. Los editores se excusarán respecto de las investigaciones en las que tengan conflictos de intereses resultantes de relaciones competitivas, colaborativas u otras con quienquiera tenga autoría del manuscrito así como empresas o instituciones relacionadas. En este caso, pedirán a otro miembro del consejo editorial que realice las actividades correspondientes con la investigación.

34. Los editores se asegurarán que todos los manuscritos presentados que se están considerando para su publicación se sometan a revisión por parte de un revisor con experiencia en el campo. Los editores decidirán cuáles de las investigaciones enviadas a la revista serán publicadas, basados en la validación de la obra en cuestión, su importancia para los investigadores y lectores, los comentarios de los revisores y los requisitos legales que actualmente están en vigor en materia de difamación, infracción de derechos de autor y plagio. Los editores pueden consultar con otros editores o revisores para tomar esta decisión.

35. Los editores investigarán todo acto que atente contra la ética y que les sea denunciado. En caso de encontrar suficientemente fundados tales actos, se publicará una corrección, una retractación, una expresión de preocupación u otra que corresponda. Esta actuación sucederá independientemente del tiempo que

obtained by editors as a result of research management will be kept confidential and will not be used for personal gain.

33. Editors will recuse themselves regarding research in which they have conflicts of interest resulting from competitive, collaborative or other relationships with the authors of the manuscript as well as related companies or institutions. In this case, they will ask another member of the editorial board to carry out the activities with the manuscript.

34. The editors will ensure that all submitted manuscripts being considered for publication are reviewed by at least two experts in the field. The publisher will decide which manuscripts will be published, based on the validation of the work in question, its importance to researchers and readers, the comments of the reviewers and the current legal requirements regarding defamation, copyright infringement and plagiarism. The publisher may consult with other editors or reviewers to make this decision.

35. The editors will investigate any activity that violates ethics and that is denounced to them. If such acts are found to be sufficiently founded, a correction, a retraction, an expression of concern or another that corresponds will be published. This action will happen regardless of the time that has

haya transcurrido desde la publicación que se discuta.

PARA LOS PARES ACADÉMICOS:

36. La revisión por pares ayuda a los editores a tomar decisiones editoriales y, a través de las comunicaciones editoriales con quienes tienen autoría sobre el manuscrito, pueden ayudarles a mejorar sus investigaciones. La revisión por pares es un componente esencial de la comunicación académica formal y se encuentra en el corazón del esfuerzo científico. Los académicos que deseen contribuir al proceso científico tienen la necesidad de actuar también, y en buena medida, en procesos de revisión.

37. Cualquier árbitro invitado que se sienta incompetente para revisar el manuscrito o sepa que su pronta revisión le será imposible, debe notificar inmediatamente a los editores y rechazar la invitación, en orden a que otros revisores puedan ser contactados.

38. Los manuscritos recibidos para su revisión son documentos confidenciales y deben ser tratados como tales. No deben ser mostrados o debatidos con otros, excepto si están autorizados por los editores en casos absolutamente excepcionales y específicos. Este criterio también se aplica a los revisores invitados que rechacen la invitación de revisión.

39. El examen del manuscrito debe realizarse objetivamente. Las observaciones se formularán con claridad y argumentos de apoyo para que quienes tengan autoría puedan usarlos para mejorar su investigación. La crítica personal es inapropiada.

elapsed since the publication in question.

FOR ACADEMIC PEERS:

36. Peer review helps editors make editorial decisions and, through editorial communications with authors of the manuscript, can help them improve their research. Peer review is an essential component of formal academic communication and is at the heart of the scientific effort. Academics who wish to contribute to the scientific process need to act also, and to a large extent, in review processes.

37. Any invited arbitrator who feels incompetent to review the manuscript or knows that its prompt revision will be impossible for them, must immediately notify the editors and reject the invitation, in order that other reviewers may be contacted.

38. Manuscripts received for review are confidential documents and should be treated as such. They should not be shown or discussed with others, except if they are authorized by the editor in absolutely exceptional and specific cases. This criterion also applies to invited reviewers who reject the review invitation.

39. The examination of the manuscript must be carried out objectively. The comments will be clearly formulated and supporting arguments so that those who are authors can use them to improve their research. Personal criticism is inappropriate.

40. Quienes sean revisores deben identificar los trabajos publicados relevantes que no hayan sido citados en el manuscrito. Cualquier observación, derivación o argumentación, que se sustente en publicaciones anteriores, debe ir acompañada de la citación pertinente. Quien revise también debe notificar a los editores cualquier semejanza sustancial o superposición entre la investigación en examen y cualquier otra (publicada o no) de la que tengan conocimiento personal.

41. Quienquiera que sea invitado a revisar y que tenga conflictos de intereses resultantes de relaciones competitivas, colaborativas u otras con quien tenga autoría o con instituciones relacionadas con la investigación, debe notificar inmediatamente a los editores para declarar sus conflictos de interés y declinar la invitación.

42. El material no publicado revelado en un manuscrito no debe ser utilizado en la investigación de quien realice la revisión sin el consentimiento expreso por escrito de quienes tengan su autoría. La información privilegiada o las ideas obtenidas a través de la revisión por pares deben mantenerse confidenciales y no ser utilizadas para ventaja personal. Esto también se aplica a los pares que rechazan la invitación de revisión.

PARA QUIENES TIENEN AUTORÍA DEL MANUSCRITO:

43. En los marcos de la ciencia e investigación jurídica, quienes tienen autoría de la investigación original deben presentar una descripción exacta del trabajo realizado y los resultados, seguidos de una discusión objetiva de la

40. Reviewers should identify relevant published papers that have not been cited in the manuscript. The citation of the relevant sources must accompany any observation, derivation or argument that is sustained in previous publications. The reviewer must also notify the editors of any substantial similarity or overlap between the research under review and any other (published or unpublished) of which they have personal knowledge.

41. Guest academic peers who have conflicts of interest resulting from competitive, collaborative or other relationships with authors or research-related institutions, must immediately notify the editors to declare their conflicts of interest and decline the invitation.

42. Unpublished material revealed in a manuscript should not be used in the research of the reviewer without the express written consent of the authors. Insider information or insights gained through peer review should be kept confidential and not used for personal gain. This also applies to peers who reject the review invitation.

FOR THE AUTHORS:

43. For the sake of science and research, the authors of the original research must present an accurate description of the work done and the results, followed by an objective discussion of the importance of the

importancia del trabajo. La investigación debe contener suficiente detalle y referencias para permitir a otros replicar el trabajo, si corresponde. Los artículos de revisión deben ser precisos, objetivos y completos, mientras que las opiniones o las piezas de perspectiva editorial deben identificarse claramente como tales. Las declaraciones de carácter fraudulento o impreciso constituyen un comportamiento no ético y son inaceptables.

44. Se puede pedir a quienes tengan autoría que proporcionen los datos brutos de su investigación, tanto para su revisión editorial como para ponerlos a disposición del público. En cualquier caso, quienes tengan la autoría deben garantizar la accesibilidad de dichos datos a otros profesionales competentes durante al menos diez años después de la publicación (preferiblemente a través de un repositorio de datos institucional o sujeto o cualquier otro centro de datos), siempre que se puedan proteger la confidencialidad de los participantes y los derechos legales vinculados a estos datos.

45. Quienes tengan autoría deben asegurarse que han escrito y presentado trabajos totalmente originales, así como verificar que han citado adecuadamente las fuentes (trabajos y palabras) utilizadas. También deben citarse las publicaciones que han influido en la determinación de la naturaleza del trabajo que se informa en la investigación. El plagio adopta muchas formas: hacer pasar el artículo académico o investigación ajeno como propio, copiar o parafrasear partes sustanciales de las investigaciones de otros sin atribución de autoría, reclamar resultados de

work. The research should contain enough detail and references to allow others to replicate the work, if applicable. Review articles should be accurate, objective, and complete, while opinions or editorial perspective pieces should be clearly identified as such. Fraudulent or imprecise statements are unethical behavior and are unacceptable.

44. Authors may be asked to provide the raw data from their research, both for editorial review and to make them available to the public. In any case, the authors must guarantee the accessibility of said data to other competent professionals for at least ten years after publication (preferably through an institutional or subject data repository or any other data center), provided that the confidentiality of the participants and the legal rights linked to this data can be protected.

45. Authors must ensure that they have written and presented totally original works, as well as verify that they have adequately cited the sources (works and words) used. Publications that have influenced the determination of the nature of the work reported in the investigation should also be cited. Plagiarism takes many forms: passing the academic article or research of others as their own, copying or paraphrasing substantial parts of the investigations of others without attribution of authorship, claiming

investigaciones realizadas por otros, entre otras. El plagio, en todas sus formas, constituye un comportamiento de publicación contrario a la ética y es inaceptable.

46. Quienes tengan autoría deben asegurarse de que han reconocido adecuadamente la información obtenida en privado (de conversación, correspondencia o discusión con terceros), no pudiendo ser utilizada o reportada sin el permiso explícito por escrito de la fuente. Quienes tengan autoría no deben utilizar la información obtenida en el curso de la prestación de servicios confidenciales, como el arbitraje de manuscritos o solicitudes de subvención, a menos que hayan obtenido el permiso explícito por escrito de sus titulares.

47. Los trabajos que describan esencialmente la misma investigación no deben publicarse en más de una revista o publicación primaria. Por lo tanto, quienes tengan autoría no deben someter a consideración un manuscrito que ya ha sido publicado en otra revista. La presentación de un manuscrito simultáneamente a más de una revista es un comportamiento de publicación poco ético e inaceptable. Excepcionalmente, la publicación de algunos tipos de artículos (como traducciones o protocolos) en más de una revista puede justificarse, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: quienes tengan autoría y quienes sean editores de las revistas interesadas deben aceptar la publicación secundaria, se debe reflejar los mismos datos e interpretación del documento primario, y la referencia

results of investigations carried out by others, among others. Plagiarism, in all its forms, constitutes unethical publishing behavior and is unacceptable.

46. The authors must ensure that they have adequately recognized the information obtained in private (from a conversation, correspondence or discussion with third parties), and that it cannot be used or reported without the explicit written permission of the source. Authors should not use information obtained in the course of providing confidential services, such as manuscript arbitration or grant applications unless they have obtained explicit written permission from their holders.

47. Papers that describe essentially the same research should not be published in more than one journal or primary publication. Therefore, authors should not submit for consideration a manuscript that has already been published in another journal. Submission of a manuscript simultaneously to more than one journal is unethical and unacceptable publication behavior. Exceptionally, the publication of some types of articles (such as translations or protocols) in more than one journal can be justified, provided that the following conditions are met: the authors and editors of the interested journals must accept the secondary publication, it must reflect the same data and interpretation of the primary document and the primary

primaria debe ser citada en la publicación secundaria.

48. Solamente las personas que cumplan con estos criterios de autoría deben ser listadas en un manuscrito como tales, ya que deben ser capaces de asumir la responsabilidad pública por el contenido: (a) haber realizado contribuciones significativas a la concepción, diseño, ejecución, adquisición de datos o análisis o interpretación del estudio; (b) haber redactado el manuscrito o haberlo revisado críticamente con contenido intelectual importante; (c) haber visto o aprobado la versión final del documento aceptando su presentación para su publicación. Todas las personas que hicieron contribuciones sustanciales a la obra reportada en el manuscrito (tales como ayuda técnica, ayuda de redacción y edición, apoyo general) pero que no cumplen con los criterios para la autoría manifestados, no deben ser listadas como como tales sino que deben ser referidas en *reconocimientos* (esta sección es admisible si se cuenta con el permiso escrito de quienes colaboraron). Quien someta el manuscrito a la revista debe asegurarse que estén referidas todas las personas que tengan coautoría, verificar que ellas hayan visto y aprobado la versión final del manuscrito y aceptado su publicación.

49. Quienes tengan autoría, en la etapa más temprana posible (por lo general, mediante la presentación de una declaración escrita en el momento de presentar el manuscrito o la inclusión de una declaración en el propio manuscrito), deben expresar cualquier conflicto de intereses que pueda influir en los resultados o interpretación de la

reference must be cited in the secondary publication.

48. Only people who meet these authorship criteria should be listed in a manuscript as authors, as they must be able to assume public responsibility for the content: (a) who made significant contributions to the conception, design, execution, acquisition of data, or analysis or interpretation of the study; (b) who wrote the manuscript or critically revised it with important intellectual content; (c) who saw and approved the final version of the document accepting its presentation for publication. All persons who made substantial contributions to the work reported in the manuscript (such as technical assistance, editing and editing assistance, general support) but who do not meet the stated authorship criteria should not be listed as such, but they must be referred in acknowledgments (this section is admissible if you have the written permission of those who collaborated). Whoever submits the manuscript to the journal must make sure that all the people who have co-authorship are referred, verify that they have seen and approved the final version of the manuscript and accepted its publication.

49. Authors should, at the earliest possible stage (usually by submitting a written statement at the time of submission of the manuscript, as well as by including a statement in the manuscript itself), express any conflicts of interest that may influence research results or interpretation (for

investigación (por ejemplo, y no limitativamente, conflictos por financiamiento tales como honorarios, subsidios educativos u otros fondos, la participación en membresías, empleos, consultorías, propiedad de acciones, acuerdos de licencia; así como conflictos no financieros, tales como relaciones personales o profesionales, afiliaciones, conocimientos o creencias en el tema o materiales discutidos en el manuscrito). Todas las fuentes de apoyo financiero para la investigación deben ser reveladas.

50. Si la investigación involucra el uso de animales o participantes humanos, quienes tengan autoría deben asegurarse de que todos los procedimientos se han realizado de conformidad con las normas pertinentes y vigentes. El manuscrito debe contener una declaración a este efecto. Quienes tengan autoría también deben incluir una declaración en el manuscrito referida al consentimiento informado que se obtuvo para la recolección de datos o experimentación con participantes humanos. Los derechos de privacidad de los participantes humanos siempre deben ser observados.

51. Quienes tiene autoría tienen la obligación de participar en el proceso de revisión por pares y cooperar plenamente, respondiendo puntualmente a las solicitudes de los editores de datos crudos, aclaraciones y pruebas éticas, consentimientos informados y permisos de propiedad intelectual. En el caso de una primera decisión de *correcciones o revisiones*, quienes tengan la autoría deben responder a los comentarios de los revisores sistemáticamente, punto por

example, and not limited to, funding disputes such as fees, educational grants or other funds, membership participation, employment, consulting, stock ownership, license agreements; as well as not financial, such as personal or professional relationships, affiliations, knowledge or beliefs on the subject or materials discussed in the manuscript). All sources of financial support for the research must be disclosed.

50. If the research involves the use of animals or human participants, the authors should ensure that all procedures have been carried out following the relevant and current regulations. The manuscript must contain a statement to this effect. Authors should also include a statement in the manuscript that informed consent was obtained for data collection or experimentation with human participants. The privacy rights of human participants must always be observed.

51. Authors must participate in the peer-review process and to cooperate fully, responding promptly to publishers' requests for raw data, ethical clarifications and evidence, informed consents, and intellectual property permits. In the case of a first *correction or revision decision*, the authors should respond to the reviewers' comments systematically, point by point and in a timely manner, reviewing and

punto y de manera oportuna, revisando y reenviando su manuscrito a la revista en el plazo indicado.

52. Cuando quienes tienen la autoría descubren errores significativos o inexactitudes en su propio trabajo publicado, tienen la obligación de notificar con prontitud a los editores de la revista y cooperar con ellos para corregir su manuscrito mediante una errata o retractación. Si los editores conocen a través de terceras personas que un manuscrito publicado contiene errores o inexactitudes significativas, entonces será obligación de quienes tienen autoría corregir o retirar rápidamente el documento o proporcionar evidencia a los editores de la revista de la corrección del documento.

53. La UCB no se responsabiliza de las opiniones, comentarios y contenidos de los artículos publicados en esta revista, los cuales son responsabilidad exclusiva de quienes su autoría.

PARA LA EDITORIAL:

54. En casos de presunta mala conducta científica, publicación fraudulenta o plagio, el editor principal, en estrecha colaboración con los editores, tomará todas las medidas apropiadas para aclarar la situación y modificar el artículo en cuestión. Esto incluye la pronta publicación de un *erratum*, aclaración o, en el caso más grave, la retracción del trabajo afectado. Además, tomarán medidas razonables para identificar e impedir la publicación de documentos donde se ha producido mala conducta de investigación. En ningún caso se fomentará dicha mala conducta o permitirá conscientemente que ésta se produzca.

forwarding their manuscript to the journal within the indicated period.

52. When authors discover significant errors or inaccuracies in their published work, they must promptly notify the editors of the journal and cooperate with them to correct their manuscript by typo or retraction. If the editors know through third parties that a published manuscript contains significant errors or inaccuracies, then the authors will be required to quickly correct or withdraw the document or provide evidence to the journal editors of the correctness of the document.

53. UCB is not responsible for the opinions, comments, and content of the articles published in this journal, which are the sole responsibility of their author/s.

FOR THE EDITORIAL:

54. In cases of alleged scientific misconduct, fraudulent publication or plagiarism, the editors will take all appropriate measures to clarify the situation and modify the article in question. This includes the prompt publication of an *erratum*, clarification or, in the most severe case, the retraction of the affected work. Besides, they will take reasonable steps to identify and prevent the publication of documents where investigative misconduct has occurred. In no case will such misconduct be encouraged or consciously allow such conduct to occur.

55. El editor principal se compromete a la permanente disponibilidad y preservación de la investigación académica, asegurando su accesibilidad.

55. The principal editor is committed to the permanent availability and preservation of academic research, ensuring its accessibility.

Página dejada intencionalmente en blanco



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
BOLIVIANA
LA PAZ

Avenida 14 de septiembre N° 4807 - Obrajes - La Paz

www.ucb.edu.bo

www.lawreview.ucb.edu.bo

law.review.lpz@ucb.edu.bo