



**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**CURSO PREFACULTATIVO  
GESTIÓN 2011**



**NOCIONES DE DERECHO**

Texto compilado y elaborado por:  
Dr. Arturo Vargas Flores

Dr. Emerson Calderón Guzmán  
DIRECTOR CURSO PREFACULTATIVO

**DISTRIBUCIÓN GRATUITA  
PROHIBIDA SU VENTA**

La Paz – Bolivia  
2011

**Depósito  
Legal No.  
Segunda  
edición**

Septiembre 2011

**Tiraje :**

3.500 ejemplares

**Título :**

NOCIONES DE DERECHO

**Autores :**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
UMSA

**Impreso en:**

Prohibida su venta total o parcial por medios electrónicos, fotocopias, y otros sin autorización escrita del autor.

## CONTENIDO

### PRESENTACION

### INTRODUCCIÓN

#### TEMA No. 1

##### **INDIVIDUO, SOCIEDAD Y DERECHO**

- 1.- INTRODUCCIÓN E IMPORTANCIA
  - 1.1.- EL INDIVIDUO
  - 1.2.- INDIVIDUO Y SOCIEDAD
  - 1.3.- INDIVIDUO Y DERECHO
  - 1.4.- VIDA SOCIAL Y DERECHO
  - 1.5.- LAS NORMAS Y EL DERECHO
    - 1.5.1.- DERECHO Y SUS DIFERENTES PERCEPCIONES
      - 1.5.1.1.- EL DERECHO COMO EXPRESIÓN CULTURAL
      - 1.5.1.2.- EL DERECHO COMO EXPRESIÓN SOCIAL
      - 1.5.1.3.- EL DERECHO COMO EXPRESIÓN HISTÓRICA
      - 1.5.1.4.- EL DERECHO COMO PRODUCTO FILOSÓFICO
      - 1.5.1.5.- EL DERECHO COMO PRODUCTO NORMATIVO
      - 1.5.1.6.- EL DERECHO Y LA REALIDAD SOCIAL

#### TEMA No. 2

##### **DIVERSAS NORMAS DE CONDUCTA HUMANA**

- 2.1.- INTRODUCCIÓN E IMPORTANCIA
- 2.2.- LAS NORMAS DE CONDUCTA Y LAS RELACIONES SOCIALES
  - 2.2.1.- HÁBITOS
  - 2.2.2.- LOS USOS
  - 2.2.3.- LOS USOS SOCIALES
  - 2.2.4.- LA COSTUMBRE
    - 2.2.4.1.- CARACTERÍSTICAS DE LA COSTUMBRE
- 2.3.- NORMAS CONSUECUDINARIAS O COSTUMBRE JURÍDICA
  - 2.3.1.- CARACTERÍSTICAS DE LA COSTUMBRE JURÍDICA O DERECHO CONSUECUDINARIO
  - 2.3.2.- ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE JURÍDICA O DERECHO CONSUECUDINARIO
    - 2.3.2.1. MATERIAL
    - 2.3.2.2. ESPIRITUAL

2.3.3.- CLASIFICACIÓN DE LA CONSTUMBRE JURÍDICA SEGÚN LA DOCTRINA

2.3.3.1. EN RELACIÓN CON LA LEY

2.3.3.2. EN RELACIÓN CON SU AMBITO ORGANIZACIONAL

2.4.- NORMAS DEL TRATO SOCIAL

2.4.1.- CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS DEL TRATO SOCIAL

2.4.2. TEORÍAS SOBRE LAS NORMAS DEL TRATO SOCIAL

2.4.2.1. TESIS NEGATIVA DE RADBRUCH

2.4.2.2. TESIS POSITIVAS

2.4.3. VALORES DEL TRATO SOCIAL

2.4.4. LA “SANCIÓN” DE LAS NORMAS DEL TRATO SOCIAL

2.5. NORMAS MORALES

2.5.1. IMPORTANCIA DE LAS NORMAS MORALES

2.5.2. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS MORALES

2.5.3. TEORÍAS SOBRE LAS NORMAS MORALES

2.5.4. TIPOS DE NORMAS MORALES

2.5.5. LA “SANCIÓN” EN LAS NORMAS MORALES

2.6. NORMAS RELIGIOSAS

2.6.1. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS RELIGIOSAS

2.6.2. SANCIÓN

2.7. NORMAS JURÍDICAS

2.7.1. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS JURÍDICAS

2.7.2. TEORÍAS SOBRE LAS NORMAS JURÍDICAS

2.7.3. LA NORMA JURÍDICA COMO JUICIO HIPOTÉTICO

2.7.4. LA NORMA JURÍDICA COMO IMPERATIVO HIPOTÉTICO

2.7.5. LOS IMPERATIVOS CATEGÓRICOS

2.7.6. CONSECUENCIA DE LA NORMA JURÍDICA

2.7.7. FUNCIÓN Y ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICA

2.7.8. APLICACIÓN PRÁCTICA

2.7.9. FUNCIONALIDAD DE LA ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICA

2.7.10. LA NORMA JURÍDICA Y EL DERECHO

2.7.11. SER Y DEBER SER “PRINCIPIOS FUNDAMENTALES E IRREDUCTIBLES”

2.7.12. PROPOSICIONES ENUNCIATIVAS Y NORMATIVAS

2.8. NORMAS DE PROTOCOLO

2.9. NORMAS TÉCNICAS

**TEMA No. 3**

**TERMINOLOGÍA Y DEFINICIONES DE DERECHO**

3.1. TERMINOLOGÍA DE LA PALABRA DERECHO

- 3.2. ELEMENTOS PARA LA DEFINICIÓN DEL DERECHO
- 3.3. DEFINICIONES USUALES DEL DERECHO
- 3.4. LA IDEOLOGÍA JURÍDICA Y EL DERECHO

**TEMA No. 4**

**FUENTES DEL DERECHO**

- 4.1. SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN FUENTES DEL DERECHO
- 4.2. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO
  - 4.2.1. FUENTES MATERIALES O REALES
  - 4.2.2. FUENTES FORMALES
    - 4.2.2.1. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES FORMALES
      - 4.2.2.1.1.- FUENTES FORMALES GENERALES
      - 4.2.2.1.2.- FUENTES FORMALES PARTICULARES
    - 4.2.3. FUENTES DE VALIDEZ
      - 4.2.3.1. JERARQUÍA NORMATIVA
      - 4.2.3.2. FUENTE DE VALIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN
      - 4.2.3.3. NORMA FUNDAMENTAL DEL NUEVO DERECHO
      - 4.2.3.4. PODER CONSTITUYENTE
    - 4.2.4. FUENTES DE CONOCIMIENTO

**TEMA No. 5**

**PRINCIPIOS Y FINES DEL DERECHO**

- 5.1. INTRODUCCIÓN E IMPORTANCIA
- 5.2.- PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO
- 5.3.- FINES DEL DERECHO
  - 5.3.1. EL ORDEN
  - 5.3.2. LA PAZ SOCIAL
  - 5.3.3. LA SEGURIDAD JURÍDICA
    - 5.3.3.1. NOCIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA
    - 5.3.3.2. LA BASE DE SUSTENTACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA
    - 5.3.3.3. PRINCIPIOS DERIVADOS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA
      - 5.3.3.3.1. VIGENCIA DE LAS NORMAS
      - 5.3.3.3.2. LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS
      - 5.3.3.3.3. LA RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS
      - 5.3.3.3.4. LA ULTRACTIVIDAD DE LAS NORMAS
      - 5.3.3.3.5. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS
      - 5.3.3.3.6.- LA COSA JUZGADA
      - 5.3.3.3.7. LA PRESCRIPCIÓN

## 5.4. LA JUSTICIA

### 5.4.1. CARACTERÍSTICAS DE LA JUSTICIA

### 5.4.2. FORMAS DE EXPRESIÓN DE LA JUSTICIA

### 5.4.3. LA JUSTIFICACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO Y LA JUSTICIA

### 5.4.4. LA LLAMADA JUSTICIA SOCIAL

#### 5.4.4.1. LA JUSTICIA SOCIAL EN LA ACTUALIDAD

## **TEMA No. 6**

### **FUNCIONES DEL DERECHO**

#### 6.1. LA FUNCIÓN DEL DERECHO

##### 6.1.1. CONCEPTO OBJETIVISTA Y SUBJETIVISTA DE FUNCIÓN

#### 6.2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA EL ANÁLISIS DE LA FUNCIÓN DEL DERECHO

#### 6.3. CONSECUENCIAS DEL ANÁLISIS FUNCIONAL DEL DERECHO

#### 6.4. EL FUNCIONALISMO EN LA ACTUALIDAD

## **TEMA No. 7**

### **LA FUNCIÓN DEL ABOGADO**

#### 7.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

#### 7.2. ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA ABOGADO

#### 7.3. EL HOMBRE DE DERECHO Y SUS CARACTERÍSTICAS

## **TEMA No. 8**

### **INSTITUCIONES DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

#### 8.1. INTRODUCCIÓN

#### 8.2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

##### 8.2.1. ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

#### 8.3. DEFENSORÍA DEL PUEBLO

##### 8.3.1. ATRIBUCIONES DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

##### 8.3.2. DEFENSOR DEL PUEBLO

#### 8.4. ÓRGANO JUDICIAL

##### 8.4.1. EJERCICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

#### 8.5. MINISTERIO PÚBLICO

##### 8.5.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

##### 8.5.2. ESTRUCTURA DEL MINISTERIO PÚBLICO

##### 8.5.3. ORGANIZACIÓN JERÁRQUICA..

#### 8.6. POLICIA NACIONAL

#### 8.7. FUERZAS ARMADAS

8.7.1. ORGANIZACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS

**TEMA No. 9**

**DIVISIÓN DEL DERECHO POSITIVO**

- 9.1. ORIGEN DEL DERECHO POSITIVO
- 9.2. DERECHO POSITIVO Y DERECHO VIGENTE
- 9.3. CLASIFICACION GENERAL ENTRE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO
- 9.4. DIVISIÓN DEL DERECHO POSITIVO EN PÚBLICO Y PRIVADO
- 9.5.- DERECHO INTERNO
- 9.6. DERECHO EXTERNO
- 9.7. RAMAS DEL DERECHO PÚBLICO
  - 9.7.1. DERECHO CONSTITUCIONAL
  - 9.7.2. DERECHO ADMINISTRATIVO
  - 9.7.3.- DERECHO FINANCIERO
  - 9.7.4. DERECHO PENAL
  - 9.7.5. DERECHO DEL TRABAJO
  - 9.7.6. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
  - 9.7.7. DERECHO PROCESAL CIVIL
  - 9.7.8. DERECHO PROCESAL PENAL
  - 9.7.9. DERECHO DE FAMILIA
- 9.8. RAMAS DEL DERECHO PRIVADO
  - 9.8.1. DERECHO CIVIL
  - 9.8.2. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
  - 9.8.3. DERECHO COMERCIAL

**TEMA No. 10**

**LA INTERCULTURALIDAD Y PLURALISMO JURÍDICO EN BOLIVIA**

- 10.1 ORIGEN DEL DERECHO POSITIVO
- 10.2. RELACIONES ENTRE CULTURAS
- 10.3. LOS PRINCIPIOS DE LA INTERCULTURALIDAD EN BOLIVIA
  - 10.3.1. PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE LAS CULTURAS
  - 10.3. 2. PRINCIPIO DE LA ÉTICA PROCEDIMENTAL DE CONVERGENCIA
  - 10.3. 3. PRINCIPIO DEL PUNTO CERO EN EL INTERCAMBIO INTERCULTURAL
  - 10.3.4. PRINCIPIO DEL UNIVERSALISMO HIPOTÉTICO DE PUNTO FINAL EN EL INTERCAMBIO CULTURAL
- 10.4. IDENTIDAD CULTURAL Y EL INTERCULTURALISMO
- 10.5. EL INTERCULTURALISMO Y EL PROCESO JURÍDICO BOLIVIANO
- 10.6. SINCRETISMO O PLURALIDAD JURÍDICA
- 10.7. SUSTENTO FÁCTICO Y NORMATIVO DEL PLURALISMO JURÍDICO

10.8. LEGITIMIDAD DEL SISTEMA INDÍGENA ORIGINARIO Y EL PLURALISMO JURÍDICO

10.9. EL DERECHO Y LA JUSTICIA INDÍGENA ORIGINARIA CAMPESINA

**BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA DE CONSULTADA**



## PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Andrés (UMSA) tiene el agrado de presentar los textos oficiales de enseñanza-aprendizaje para la Prueba de Admisión del Curso Prefacultativo de la Carrera de Derecho, Gestión 2011.

La Carrera de Derecho de la UMSA fue creada el año 1830 por el Mariscal Andrés de Santa Cruz y Calahumana y durante estos 181 años de actividad académica y formación profesional, la Carrera se ha convertido en el centro de generación de conocimiento jurídico del país, cumpliendo a la vez con la sagrada misión de acreditar profesionales abogados con un alto espíritu de servicio a la comunidad.

La Carrera tiene como base de constitución, el carácter democrático, popular e intercultural. Su gestión académica se cimienta en el CO-GOBIERNO, entendido como un sistema de equilibrio democrático que consiste en la conformación de órganos de decisión y gobierno entre docentes y estudiantes, y en la LIBERTAD DE CATEDRA, que tiene su fundamento en la libertad de pensamiento de docentes y estudiantes en un proceso constante de debate de posiciones y posturas ideológicas en un marco de democracia y respeto.

Estudiar en la Carrera de Derecho es una oportunidad para los postulantes que pretenden formar parte de la comunidad universitaria y posteriormente del foro intelectual de la ciencia jurídica, que requiere como nunca antes de abogados comprometidos con los procesos de transformación y cambio, que encara el país.

Los abogados formados en nuestras aulas son profesionales de alto prestigio y reconocida reputación por la alta calidad y excelencia académica invertida en su formación. Este objetivo es posible debido a que los Docentes de la Carrera de Derecho, gozan de una amplia experiencia en la trasmisión de conocimientos especializados.

Asimismo, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UMSA ha suscrito una serie de convenios con Universidades Extranjeras que otorgan a sus estudiantes la posibilidad de continuar sus estudios a nivel de postgrado, maestría y doctorado. Igualmente, proporciona auténticas oportunidades para que sus alumnos realicen prácticas profesionales antes de la graduación, ya que ha celebrado también importantes convenios con entidades públicas y privadas del país.

Bajo estas premisas, los presentes textos de enseñanza-aprendizaje que ponemos a consideración de los postulantes a la Carrera de Derecho están diseñados para que los mismos tengan una adecuada orientación sobre el contenido de las diferentes materias a ser impartidas durante el Curso Prefacultativo.

En este contexto, las autoridades, los docentes y la comunidad universitaria de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UMSA expresan a los postulantes del Curso Prefacultativo su predisposición de ofrecerles las mejores condiciones posibles para el desarrollo del Curso y desean a todos los participantes, el mayor de los éxitos en su preparación para el examen de admisión.

Dr. Julio Mallea Rada  
DECANO

Dr. Marco Centellas Castro  
VICEDECANO

Dr. Juan Ramos Mamani  
DIRECTOR  
CARRERA DE DERECHO

Dr. Emerson Calderón Guzmán  
DIRECTOR  
CURSOPREFACULTATIVO 2011

## INTRODUCCIÓN

Las autoridades de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Andrés, con la acertada gestión del Director del Curso Prefacultativo gestión 2011, me designó como docente encargado de elaborar el texto de «Nociones de Derecho», donde se desarrolla un conjunto de contenidos mínimos destinados a facilitar el proceso enseñanza y aprendizaje del estudiante preuniversitario.

En este contexto, los estudiantes preuniversitarios tienen un conjunto de temas destinados a un adecuado proceso de información y preparación orientado a lograr resultados óptimos para el ingreso a la Carrera de Derecho, con ese objetivo el presente texto de consulta es realizado sobre la base de un conjunto de aportes teóricos, criterios doctrinales, posturas ideológicas y conceptuales que son el aporte de autores que expresan sus ideas en los diversos libros consultados y los conocimientos acumulados en el ejercicio de la docencia universitaria.

Consecuentemente, con la expectativa de satisfacer las aspiraciones de los preuniversitarios ponemos a consideración el texto titulado Nociones de Derecho con la finalidad de introducir en una rama del conocimiento que por su naturaleza es compleja y fundamental en el desarrollo de la convivencia social del hombre y su relación con la sociedad y el Estado.

Por lo expuesto, sin entrar en más consideraciones ponemos a disposición el presente trabajo, esperando que sea de utilidad para el logro de los objetivos buscados por los estudiantes que desean ingresar a la universidad.

Arturo Vargas Flores  
Docente titular

## **TEMA No. 1**

### **INDIVIDUO, SOCIEDAD Y DERECHO**

#### **1.- INTRODUCCIÓN E IMPORTANCIA**

Todos los seres humanos tenemos una noción de lo que es el derecho, aunque esta sea vaga, difusa e imprecisa, debido a que todos los seres humanos nos desenvolvemos dentro de determinadas reglas de convivencia social impuestas por la sociedad y el Estado, destinadas a establecer un conjunto de derechos, obligaciones, garantías y normas de prevención destinadas a garantizar el ejercicio de los derechos subjetivos establecidas en el derecho positivo<sup>1</sup> y el derecho consuetudinario<sup>2</sup>.

En ese sentido, estudiar el derecho debe hacerse como una necesidad normativa, social y consuetudinaria no puede ser ignorada por el hombre, la sociedad y el Estado, más aun cuando esta significativa y compleja rama del conocimiento está destinada a regular y garantizar la convivencia social de los seres humanos al interior de la sociedad y el Estado, en el marco del respeto de los derechos fundamentales y constitucionales que nos otorga el Estado.

Consecuentemente, la reflexión, el análisis, cuestionamiento y el estudio del derecho no se puede limitar a una concepción

---

<sup>1</sup> Derecho positivo es el derecho vigente impuesto por el Estado, una constitución, las leyes, etc.

<sup>2</sup> Derecho consuetudinario es el derecho basado en la costumbre no emitida por un órgano como el parlamento que hace la ley, sino es resultado de las relaciones entre personas y grupos sociales.

exclusivamente normativista – formalista, por el contrario surge la imperiosa necesidad de concebir como parte fundamental de la realidad social, cultural, política y otras características que identifican, personalizan y diferencian de otras sociedades, donde los seres humanos desempeñan sus diversas actividades interrelacionadas con el desenvolvimiento de las necesidades simples o complejas destinadas a la supervivencia dentro de la sociedad, el Estado y el contexto internacional.

### **1.1.- EL INDIVIDUO**

El ser humano ocupa, junto a otros seres, un lugar en la naturaleza. Su diferencia con esos otros seres radica en los productos o manifestaciones culturales del hombre y la mujer, entre los que se encuentra el derecho. Este último tiene como objetivo la regulación de las conductas individuales a fin de hacer posible la convivencia entre los hombres. Tal seguridad es necesaria debido a que los instintos de los seres humanos no conocen un camino definido para la satisfacción de sus impulsos y necesidades. Esta falta de definición da lugar a la imprevisibilidad de las conductas humanas, que debe ser compensada mediante normas de conducta que configuran al derecho como creación cultural<sup>3</sup>.

La persona humana como ser individual se halla concebida como una unidad biopsicológico social y cultural, relacionado con las formas de existencia histórica social y cultural, donde el derecho representa una parte esencial de los valores ideales, normativos, sociales, culturales y económicos a los que aspira, expresados en la igualdad, seguridad, libertad, justicia y otros, que hacen, motivan no sólo ser diferentes sino a fortalecer su consecuencia con las expectativas, ideales, y circunstancia que faciliten la comprensión de los principios básicos de convivencia social.

---

<sup>3</sup> Pereznieto Castro, Leonel, Introducción al estudio del derecho, Cuarta Edición, Editorial Oxford, University Press, México 2002, pág. 1-2.

En ese contexto es significativa la existencia de reglas de conducta como una forma de guía, regulación y preservación del individuo como persona individual y social que permita la satisfacción de las necesidades básicas para su supervivencia y el establecimiento de los medios adecuados para su interrelación con los demás miembros, dentro de un marco de preservación del equilibrio social y la forma de prevención de futuras controversias que pudieran alterar el desempeño normal de sus actividades cotidianas dentro de una variedad de intereses y en algunos de forma antagónica, de ahí que es necesario contar con normas de conducta que permitan ejercer sus derechos, obligaciones y garantías dentro de un marco de valores que enaltece a su personalidad dentro de la sociedad.

## **1.2.- INDIVIDUO Y SOCIEDAD**

El hombre por su naturaleza social se encuentra obligado a vivir y relacionarse con los demás seres de su especie, obedeciendo a características especiales e históricas como condición necesaria para su conservación y desarrollo integral, cumpliendo sus diversas actividades sociales, económicas, culturales, intelectivas, morales y de otra índole, destinado a responder satisfactoriamente los desafíos que exige las diferentes etapas del desarrollo histórico social por el que tuvo y tiene que atravesar, por esta y otras razones no se puede concebir al individuo como ser aislado de los demás seres de su especie, por el contrario su alto grado de racionalidad y sociabilidad obliga a vivir en comunidad, con la finalidad de conservar su propia vida hasta la conservación de la vida social en un marco de cooperación recíproca y equilibrada destinada a la materialización de las aspiraciones individuales, sociales y de relación con lo estatal.

Consecuentemente la unidad entre individuo a sociedad no se encuentran separadas, por el contrario se complementan inalterablemente, lo que obliga a la existencia de un conjunto de normas morales, sociales, culturales y jurídicas para satisfacer las necesidades básicas de todos los miembros de la sociedad garantizando una convivencia armoniosa que fomente el crecimiento de valores que identifiquen a la sociedad, con sus aspiraciones filosóficas,

sociológicas, históricas, culturales, consuetudinarias, legales y de otra índole que hacen de una sociedad ligada a los principios, fines y valores orientadas a la vida social.

### **1.3.- INDIVIDUO Y DERECHO**

En el desarrollo del individuo y del derecho se genera una historia paralela, debido a que las reglas de conducta surgen como una necesidad social destinada a la sobrevivencia, seguridad, defensa, protección, alimentación y otros que son ideados y perfeccionados desde el momento que el individuo decide tener una vida sedentaria en la profundización de sus relaciones de conducta social.

Por esta interrelación surge la necesidad de construir una estabilización sobre bases objetivas, prácticas y útiles que desarrollen y consoliden una interacción humana con las limitaciones ideadas por el propio hombre, recordemos que algunos individuos dentro de la sociedad se dedicaban al cultivo (actividad agrícola), otros a la cría de animales (ganadería) denominada la primera división social del trabajo. Esta especialidad de trabajo obligó a un intercambio de productos que poco a poco fué generando sus propias reglas y a medida que la sociedad se desarrollaba estas se fueron perfeccionando, hasta el surgimiento de las instituciones como sustento de la evolución y el desarrollo de la sociedad.

En este entendido y con fines de mejor explicación, recordemos que dos siglos antes de Cristo, durante el periodo del derecho romano preclásico surge la Ley de las XII Tablas, que marca el inicio del derecho romano clásico e imperial, donde se advierte entre otros fenómenos, el tránsito del formalismo al consensualismo impulsando que las contrataciones se volvieran excesivamente formalistas sujetas a un sin número de requisitos para la celebración de contratos, posteriormente la apertura de Roma al mediterráneo obligó a cambiar la institución de la contratación formal por otra moderna, ágil y sencilla

destinada a coadyuvar al crecimiento del comercio y en ello no sólo el desarrollo de la sociedad sino la expansión del Imperio Romano<sup>4</sup>.

De lo anteriormente expuesto se establece que el individuo a lo largo del proceso de vida ha ensayado diversas formas de conducta y de comportamiento en respuesta a las circunstancias del momento histórico social. Actualmente en la sociedad moderna el ser humano ha diferenciado una serie de normas que tienen por objetivo orientar y guiar la conducta humana entre las cuales se encuentra la costumbre, las normas jurídicas entre las más sobre salientes destinadas a generar seguridad en las relaciones con otros seres humanos y estos con sus instituciones creadas por el Estado, instituyendo una serie de medios institucionales y legales para lograr una convivencia responsable, ajustada a derechos, obligaciones y garantías, para este efecto se ha instaurado por ejemplo el matrimonio orientada a desterrar la poligamia y fortalecer la unión monogámica y legítima, instituyéndose el núcleo familiar como base y sustento de la sociedad y el Estado, otorgándole certidumbre sobre los hijos, bienes patrimoniales, derechos sucesorios y otros que hacen parte de la institución familiar.

Asimismo, se establece que el ser humano, al instaurar un conjunto de reglas de conducta ha satisfecho las necesidades básicas para la creación de un derecho generador de principios, fines, valores respondiendo al contexto social en que se desarrolla respondiendo a la organización económica, política, jurídica e ideológica de cada sociedad y Estado, garantizando la libertad, la seguridad y la justicia.

#### **1.4.- VIDA SOCIAL Y DERECHO**

Como se dijo anteriormente, el ser humano no es un individuo aislado de su realidad social, por el contrario su campo de acción está vinculado a la interrelación con los demás seres de su especie, quienes se obligan racional y socialmente a ajustar su conducta a determinadas reglas de convivencia social practicadas en la familia, la escuela, el

---

<sup>4</sup> Pérez Nieto Castro, Leonel, Introducción al estudio del derecho, Cuarta Edición, Editorial Oxford, University Press, México, 2002, pág. 1-2.



trabajo, la universidad, la sociedad, el Estado, etc. en fin, en el transcurso de toda su vida. Normas que se encuentran sustentadas en las prácticas consuetudinarias, tradicionales, educativas, u otras que provienen de la información, formación que motivan a cumplir determinadas reglas de comportamiento impuestas por la sociedad, el derecho, el Estado e inclusive por el contexto internacional; las mismas que no deben ser transgredidas por temor a sufrir alguna consecuencia que podría generar no sólo el reproche si no la imposición de una sanción, al respecto Jorge Rendón Vásquez afirma que “Las reglas son la expresión de un cierto ordenamiento social, se le ha denominado *derecho*, su rasgo esencial es el de regir las relaciones de las personas, es decir, las relaciones sociales”<sup>5</sup>, razón por la cual, el derecho no se aplica exclusivamente a las acciones individuales sino a las acciones de hombres en su relación con sus semejantes. De ahí que en Roma antigua se dijera *ubi societas, ibi jus* (donde hay sociedad, hay derecho). En ese contexto y con la finalidad estrictamente pedagógica que nos permita una mejor comprensión del tema se debe diferenciar las “...conductas internas, afectivas e individuales que se manifiestan en el fuero interno (Normas Morales) de la persona y es aceptada e inclusive exigible socialmente, y las conductas colectivas, están referidas a un conjunto de reglas implícitas que son conocidas y obedecidas por los miembros del grupo social”<sup>6</sup>, por ejemplo en una sociedad laica como es el caso boliviano, la libertad de culto religioso se constituye en una garantía constitucional que permite a los individuos a profesar la religión de su conveniencia, sin que esto interfiera en el cumplimiento a las normas impuestas en la vida social, en cambio en sociedades confesionales, en especial las de carácter fundamentalista como la sociedad islámica se hace difícil separar la religión, la vida social y la política debido a que están profundamente vinculadas, consecuentemente las conductas internas y externas se mezclan hasta el punto que se hace difícil separarlos.

---

<sup>5</sup> Rendón Vásquez, Jorge “El Derecho como Norma y como Relación Social, Pág. 11-12.

<sup>6</sup> Pereznieto Castro, Leonel, “Introducción al estudio del derecho”, Cuarta Edición, Editorial Oxford, University Press, México 2002, pág. 16-18

En consecuencia, se debe establecer que el hombre y la mujer como seres sociales y racionales tienen la imperiosa necesidad de ajustar su conducta no sólo a las normas de conducta interna, sino también a las internas que facultan al ejercicio de los derechos, el cumplimiento de las obligaciones y solicitar la intervención institucional para las garantías que le otorga el derecho y las normas jurídicas impuestas a la sociedad, en la perspectiva de lograr una convivencia que le permita vivir en orden, paz social, seguridad jurídica y justicia, evitando el caos, la anarquía y la inestabilidad social.

### **1.5.- LAS NORMAS Y EL DERECHO**

De las normas anteriormente descritas se establece que todas las normas son importantes para el desarrollo del ser humano, ya que están destinadas a guiar, ordenar, regular la conducta humana de forma individual y colectivamente. Sin embargo en estas últimas décadas, la concepción normativista ha sufrido una serie de cuestionamientos que dieron lugar al surgimiento de concepciones como la del pluralismo jurídico, como respuesta a la exclusividad normativa denominada “monismo jurídico” la misma que se fue debilitando por su carácter formal y su alejamiento de la realidad social y las necesidades del destinatario.

Sin embargo, es fundamental recordar que las relaciones sociales no siempre se desenvuelven de modo neutral y armónico; por el contrario las condiciones materiales de vida hacen que se encuentren diferencias sociales, culturales, políticas, ideológicas y otras que provocan conflictos motivados por la diversidad de interés y la propia naturaleza del ser humano. Por esta razón las diversas normas anteriormente descritas son importantes para lograr una convivencia social de respeto a la libertad, la dignidad, personalidad, condición cultural y otras que deben estar orientadas a evitar el desorden, la anarquía y el caos, aportando a una convivencia de respeto a los derechos fundamentales y constitucionales.

De la misma manera es necesario recalcar que sería difícil e inútil garantizar una convivencia social como fundamento indispensable para

la organización y desarrollo de la vida común, sin la existencia de las normas de comportamiento individual y social, ya que la ausencia de éstas provocaría conductas disfuncionales, ilegales, antisociales y otras que harían imposibles la vida social, por estas y otras consideraciones se establece que sin la intervención del derecho sería difícil lograr una relación equilibrada, estable, armónica y de entendimiento entre los hombres sin la institucionalidad del Estado.

### **1.5.1.- DERECHO Y SUS DIFERENTES PERCEPCIONES**

El derecho por su naturaleza ha generado una serie de opiniones de carácter teórico, doctrinal e ideológico, debido a la diversidad de concepciones que se tiene acerca del origen, desarrollo y función del derecho, en este sentido los jurisconsultos se pusieron a deliberar si el derecho se circunscribía exclusivamente a la norma jurídica o en su defecto era una temática que permite tener una serie de puntos de vista, en este sentido es necesario considerar diferentes puntos de vista que a continuación mencionamos:

#### **1.5.1.1.- EL DERECHO COMO EXPRESIÓN CULTURAL**

Antes de ingresar a la explicación del derecho como expresión cultural debemos definir qué se entiende por Cultura, algunos autores dicen que “la cultura es el conjunto de bienes y valores materiales como espirituales, heredados por el hombre dentro de la sociedad en el proceso de su actividad práctico histórico, es decir que la cultura fluye de la producción del hombre, constituyéndose en la herencia social acumulada en el curso de su existencia histórica”.

La cultura se materializa, cuando los miembros de una determinada sociedad aprehenden y practican las enseñanzas de sus predecesores añadiendo algo a ese legado, al respecto, Luís Recasens Siches dice “que la cultura es la herencia social, utilizada, revivida y modificada en mayor o menor grado”; con lo cual nos permite comprender que la cultura es toda realización humana; genéricamente le permite al hombre mediante sus sentidos, conocimientos e inteligencia captar, extraer y elaborar productos transformados, modificados y creados con la finalidad de satisfacer las necesidades del propio hombre y toda la

sociedad, por estas consideraciones se establece “que todo lo que no hace el hombre es naturaleza y toda realización humana es cultura”.

De lo expuesto, el derecho es un producto cultural, porque la elaboración de esta rama del conocimiento es exclusivamente realizada por el hombre de manera directa, expresada en sus normas jurídicas como medio regulador de las relaciones sociales u otros derechos que crean sus mecanismos para guiar, regular y ordenar la conducta humana, convirtiéndose en el protagonista principal del surgimiento del derecho, por ejemplo la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, es un producto de la elaboración humana debido a que es propuesto por el hombre (constituyente) en atención a las necesidades reales de la sociedad.

#### **1.5.1.2.- EL DERECHO COMO EXPRESIÓN SOCIAL**

Lo social viene del latín *sociales*, que significa sociedad o contienda de las clases sociales que la componen, de donde surge un conjunto de necesidades entre los cuales se encuentra el derecho como una “necesidad social”, destinada a la regulación de las relaciones sociales con la finalidad de guiar, regular y garantizar la convivencia social, estableciendo una complementariedad de coexistencia entre la sociedad y el derecho, que fué manifestado por los Romanos como “ubi societas, ibi jus” de cuya interpretación se establece la vinculación entre sociedad y derecho, al respecto no permite hacer las siguientes interrogantes ¿De qué serviría tener un conjunto de normas, sino tengo sociedad para aplicarla?, ¿Podrá existir una sociedad, sin normas del comportamiento humano?, ¿Será que el derecho expresado en normas es el único medio de regulación de la vida humana?, esta y otras cuestionantes, fueron respondidas por la teoría sociológica estableciendo que el derecho tiene su objeto de estudio en la relación social y su esencia, concluyendo que el derecho tiene su origen en la vida social de los seres humanos, estableciendo derechos, obligaciones, garantías, valores y aspiraciones ligadas al buen comportamiento.

### **1.5.1.3.- EL DERECHO COMO EXPRESIÓN HISTÓRICA**

Previamente al desarrollo del presente, debemos establecer que se entiende por historia, si consideramos que la historia es la narración cronológica de los acontecimientos generados en el tiempo y el espacio, nos encontramos frente a una “historia narrativa”, en cambio, si pensamos que la historia es la base del conocimiento científico, nos permite conocer las leyes del desarrollo social dentro de una concepción dialéctica que explica las causas y efectos del movimiento, el cambio, la renovación y creación de los bienes y valores como resultado de los procesos históricos contextualizados en el tiempo y el espacio en el que se ha desarrollado.

En ese sentido, el derecho es producto de los procesos históricos que se dan en el contexto temporal y espacial, influyendo en la estructuración y consolidación del desarrollo de un conjunto de normas destinadas a regular las relaciones sociales de los hombres y este con el Estado, a manera de ejemplo recordemos que durante la comunidad primitiva, el esclavismo, el feudalismo, el capitalismo, el socialismo y los actuales Estados plurinacionales tienen su origen en los acontecimientos dados por los diversos momentos históricos que motivaron cambios, transformaciones de las estructuras jurídicas. En nuestro medio es el caso de los hechos sangrientos del denominado febrero negro, octubre rojo que motivó la caída de Gonzalo Sánchez de Lozada del poder y el surgimiento de una agenda entre las cuales se encontraba la Asamblea Constituyente y la nacionalización de los hidrocarburos, que en respuesta a estos acontecimientos históricos se ha realizado una serie de transformaciones que dió lugar al nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia.

### **1.5.1.4.- EL DERECHO COMO PRODUCTO FILOSÓFICO**

La filosofía permite buscar la esencia del derecho con la finalidad de lograr un estudio crítico, que permita examinar los límites ontológicos, axiológicos y deontológicos del derecho, estableciendo sus verdaderas posibilidades de validez objetiva y subjetiva con la finalidad de develar el sentido y alcance del derecho como expresión lógica en el desenvolvimiento del derecho a partir de la búsqueda de valores éticos que persigue el derecho.

### **1.5.1.5.- EL DERECHO COMO PRODUCTO NORMATIVO**

En el ámbito ideal, el derecho se presenta como un conjunto organizado o sistema de normas que regula la conducta de las personas en sus relaciones con los demás. El derecho no se dirige a regular los actos de una persona aislada, sino la conexión con los demás seres humanos. En la actualidad la posición hegemónica, se va debilitando y da lugar al surgimiento del pluralismo jurídico, estableciendo una coexistencia de diversos sistemas jurídicos que hacen parte del Estado plurinacional.

Por lo que se deja claramente establecido que las normas jurídicas no son las únicas ordenadoras y reguladoras de las relaciones sociales, sino también aquellas que surgen de los usos, costumbres, tradiciones y ritos que son la base fundamental del derecho consuetudinario practicado en las comunidades indígenas originario campesinas de forma ancestral.

### **1.5.1.6.- EL DERECHO Y LA REALIDAD SOCIAL**

La experiencia histórica demuestra que: el derecho, la moral, la ciencia, el arte, la técnica, la religiosidad y otros pertenecen al mundo del hombre y la sociedad, entre las cuales se destaca el derecho como parte fundamental de la realidad donde realiza sus actos simples o complejos, con la única finalidad de gozar los derechos, cumplir sus obligaciones y ejercitar sus garantías en el desenvolvimiento de las relaciones sociales que realiza cotidianamente.

Siendo el derecho parte fundamental del desarrollo socio histórico del hombre se convierte en una expresión de la realidad social destinada a materializar los principios generales del derecho y la materialización de los fines como el orden, la paz social, la seguridad jurídica, el bien común y la justicia.

Sin embargo, es de reconocer que el derecho en varias oportunidades ha sido avasallado sistemáticamente por diversas estructuras opresivas incluyendo al Estado y los sectores dominantes, que atentos al poder, político, económico, social e ideológico, han utilizado el derecho como un instrumento de satisfacción de sus intereses y estructuras,

sobreponiéndose a las necesidades de las mayorías, profundizando las asimetrías entre las clases sociales.

Pero la lucha permanente de los indígenas, originarios, campesinos, obreros, artesanos, comerciantes vecinos y otros acompañados de sus organizaciones sindicales, movimientos sociales y otras representaciones se han visto fortalecidas en sus luchas no sólo para conseguir mejores condiciones de vida, sino por el respeto a sus derechos fundamentales como parte de su propia existencia, constituyéndose en algunos casos en los protagonistas del cambio y las transformaciones de las estructuras del Estado y del poder.

En ese contexto, la lucha de los sectores progresistas, fundamentalmente de las mayorías ha intensificado sus conquistas sociales, políticas, culturales, económicas e ideológicas, con la esperanza de acortar las profundas asimetrías entre las clases sociales y la exigencia de ser los sujetos protagonistas del cambio y las transformaciones jurídicas, políticas, sociales, económicas, culturales e ideológicas del Estado y sus instituciones.

En esa lógica, de acción y lucha la toma de decisiones de los sectores mayoritarios han encontrado una serie de obstáculos internos como externos, que no han permitido lograr sus objetivos, encontrando medidas jurídicas, políticas, económicas alejadas de la realidad, con normas jurídicas alejadas de su origen social, con una justicia quebrantada en sus valores, con autoridades comprometidas con conductas reprochables, con un derecho hegemónico representado por un positivismo dogmático, exegético e insensible a las expectativas de las mayorías y comprometida con los intereses de los más poderosos.

En ese contexto, nuestro país, después de varios movimientos sociales y políticos como la guerra del agua en Cochabamba, el enfrentamiento de militares y policías el 12 y 13 de febrero de 2003, los hechos sangrientos de octubre de 2003 que provoca la salida del gobierno de Gonzalo Sánchez de Lozada, ha generado una agenda entre las cuales se encontraba la asamblea constituyente con la expectativa de cambiar la estructura del país, dando lugar al surgimiento del Estado

Plurinacional Comunitario, fundada en el pluralismo jurídico, económico y político, cultural y lingüístico dentro de un proceso integrador e inclusivo en el marco del respeto a los derechos humanos, fundamentales, constitucionales y las normativas internacionales.

### ***NECESIDADES QUE SATISFACE EL DERECHO***

*Germán Rojas González, Introducción al Derecho*

*La vida de los hombres implica un continuó esfuerzo por satisfacer sus necesidades de todo orden. El hombre es un animal de necesidades.*

*Toda forma de relación entre el individuo y las cosas, o de los individuos entre sí, puede considerarse por el aspecto de la necesidad, esto es, de la dependencia de aquél, en cuanto a su vida o sus intereses de otras cosas o seres.*

*Los hombres han tenido y tienen necesidades que satisfacer; es un modo de ser propio del ser, hasta el punto de que se intuye que el móvil de la necesidad es el origen mismo del Estado.*

*De otro parte, esas necesidades se contraponen y suscitan conflictos, los cuales se ven complicados por las desigualdades naturales de los hombres, que dan por resultado muy diferentes posibilidades de satisfacción de aquéllas; de lo cual se agrega que no siempre los bienes son suficientes para satisfacerlas. De allí surge el conflicto de intereses en que se involucran los individuos de la comunidad para obtener el medio de satisfacer dichas necesidades.*

*El interés es la relación entre el hombre y un bien que satisface una necesidad. En primer término, la actividad humana se dirige en forma preponderante a producir las cosas que necesita el hombre para vivir y desarrollarse.*

*Las cosas susceptibles de prestar alguna utilidad no se dan espontáneamente en la naturaleza, sino que son el resultado del trabajo.*

*A través de la historia nos encontramos siempre con sociedades humanas que libran una continua y permanente lucha por procurarse los bienes necesarios para satisfacer sus necesidades de orden económico.*

*Los bienes que responden a las necesidades del hombre pueden ser de muchas categorías: materiales, si pertenecen a la realidad objetiva; espirituales o intelectuales, si atienden a ese aspecto esencial del hombre.*

*La cooperación es necesaria a fin de satisfacer los intereses y las necesidades de la comunidad; pues el hombre individualmente no está apto para elaborar y satisfacer todas sus necesidades por sí mismo, sino que es interdependiente.*

*De ahí que se interponga el derecho, coordinando y racionalizando las actividades y fijando alcances y límites a los intereses para la consecución del bien común.*

*De allí por tanto que se necesite un orden social, que haga factible la coexistencia de la actividad de un hombre en relación con las actividades de los otros.*



*El orden se establece mediante reglas de derecho, que determinan el poder de cada individuo para actuar dentro de la sociedad en interés propio, y del mismo modo determina el límite, que de no existir lesionaría los intereses de los demás.*

*El derecho concilia el interés de cada uno con los intereses de los demás. Fijando potestades y límites a cada persona hace factible la convivencia social dentro de un orden reglado.*

*Las reglas que racionalizan los intereses individuales, no pueden ser impuestas por individuos, aislados sino por la autoridad que la dicta y garantiza su cumplimiento eficazmente.*

*Quienes alteran o perturban la regla social se hacen acreedores a una sanción legal.*

*El orden jurídico es un sistema de normas de Derecho que hace posible la convivencia social, en donde conviven los individuos satisfaciendo múltiples y variados intereses.*

*Pero analicemos más concretamente las necesidades humanas.*

*Las cosas producidas por la naturaleza con la ayuda del hombre, artículos agrícolas o las producidas por el trabajo de los hombres en fábricas y talleres necesitan ser intercambiadas. De aquí nace una determinada economía social cuya finalidad principal consiste en examinar cómo se producen o intercambian las cosas qué relaciones de producción se establecen entre los hombres.*

*El derecho, mediante normas jurídicas, precisa quienes son los titulares de las cosas producidas, sistema de propiedad privada, o la propiedad socialista y mediante que relaciones jurídicas se intercambian, (contractualmente).*

*En segundo término, los seres humanos se presentan divididos en dos sexos opuestos, lo que engendra necesidades de orden heterosexual. La ordenada satisfacción de estas necesidades por el derecho, da lugar a la institución de la familia.*

*En tercer lugar los hombres, a fin de establecer un régimen de convivencia, necesitan darse una determinada forma de gobierno. El estado realiza esta función creando las normas jurídicas necesarias para garantizar la paz entre los miembros de una comunidad humana.*

*Debe tenerse en cuenta que no toda conducta o acción de los seres humanos es objeto de reglamentación por el orden jurídico, sino las que solo pueden realizarse dentro de un ambiente social, ya que la finalidad del derecho consiste en reglamentar la conducta de los hombres que viven en sociedad y para hacer posible dicha vida; en ningún caso pretende reglamentar la vida íntima o aislada.*

*De lo expuesto resulta que los contenidos fundamentales del orden jurídico son: los propios seres humanos en cuanto son los autores de toda acción o conducta que es reglamentada por las normas jurídicas; la conducta humana en cuanto se encamina a la producción y apropiación de las cosas, vale decir, el sistema de la propiedad; la misma conducta en lo que se relaciona con la satisfacción de las necesidades de orden heterosexual, vale decir la familia;*

*finalmente, la conducta encaminada al establecimiento de una forma de gobierno, vale decir Estado.*

## **TEMA No. 2**

### **DIVERSAS NORMAS DE CONDUCTA HUMANA**

#### **2.1.- INTRODUCCIÓN E IMPORTANCIA**

Este tema tiene por objeto establecer las relaciones, semejanzas y diferencias entre los diversos tipos de normas que regulan la conducta humana de manera individual y social, además de permitir evitar confundir la confusión sobre el origen, naturaleza, objeto y concepto de cada una de ellas y fundamentalmente su precisión.

#### **2.2.- LAS NORMAS DE CONDUCTA Y LAS RELACIONES SOCIALES**

El ser humano desde su etapa más primitiva, ha buscado formas de regular su conducta de manera individual y como conglomerado social, debido a que sus atributos sociológicos, expresados en lo social y racional, han obligado a encontrar una gama de normas y mandatos encaminados a guiar y regular la conducta dentro del grupo con la finalidad de buscar el orden, la paz social, el bien común, y criterio de justicia, constituyéndose en aspiraciones indispensables para la convivencia social.

Las razones expuestas y la naturaleza del cambio social en el transcurso del tiempo han, justificado la necesidad de crear un orden normativo que se puede identificar desde los hábitos, usos, usos sociales, costumbres y las normas consuetudinarias, del trato social, morales, religiosas, técnicas, de etiqueta y las normas jurídicas entre otros, que merece ser desarrollados:

### **2.2.1.- HÁBITOS**

Los hábitos son maneras de proceder, obrar o actuar de forma individual que tiene una persona en sus acciones particulares como: fumar cigarrillo, dormir y otros que son practicados de manera repetida e inconsciente. Cabe hacer notar que existen hábitos adecuados y aceptados como buenos para el desarrollo personal y otros que son criticados y repudiados por el entorno social, debido a que el sentido y alcance permite su aceptación e imitación por el grupo social al que pertenece y se desenvuelve, algunos hábitos por su importancia y características se convierten en usos e inclusive en usos sociales

### **2.2.2.- LOS USOS**

Los usos son determinados modos y maneras de obrar que tienen los individuos, que se practican de forma mecánica sea esta individual o colectivamente. De igual manera existen usos adecuados, aceptados e imitados por el grupo social en el que se desenvuelve al extremo que puede convertirse en un uso social.

### **2.2.3.- LOS USOS SOCIALES**

Los usos sociales son determinadas maneras de obrar y proceder que tienen los individuos al interior de los grupos de la sociedad y que esta recoge estos usos para hacerlos suyos aplicándolos en usos sociales. La sociedad recoge ciertos usos y los impone a sus integrantes “desde fuera” convirtiéndolos en costumbres.

### **2.2.4.- LA COSTUMBRE**

La palabra costumbre viene del latín *CONSUETUDO* o *CONSUETUDINE*, que quiere decir uso, hábito, costumbre. Cuando en el mundo humano no se había generalizado y no existía el Estado en sentido moderno, las costumbres fueron la principal fuente de orden

jurídico para regular la conducta de las personas, pero para que esa costumbre sea jurídica, fue necesario que llegara a tener carácter coercitivo y obligatorio<sup>7</sup>. Al respecto **Jorge Rendón Vásquez** afirma que “La costumbre es una manera de comportamiento de las personas de un grupo social, surgido espontáneamente por las necesidades de las actividades que desarrollan y que es aceptado por todos como una conducta válida”, de la misma manera **Aníbal Aguilar Peñarrieta** en su libro curso general de derecho, dice que “la costumbre son los usos muy usados”<sup>8</sup>, utilizados por la generalidad de la sociedad, y practicada de generación en generación, consecuentemente la costumbre no tiene un sentido impersonal, sino social, debido que pertenece a la totalidad del grupo que lo integran.

#### 2.2.4.1.- CARACTERÍSTICAS DE LA COSTUMBRE

Las costumbres tienen características que lo distinguen de otras normas de conducta entre las cuales se encuentran la:

**ANTIGÜEDAD.** Las costumbres son el resultado de la transmisión de generaciones pasadas que se repiten y practican de generación en generación con un origen antiguo.

**UNIFORMIDAD.** La constante práctica de las costumbres tiene un mismo sentido u objetivo, no son contradictorios debido a que estas mantienen un carácter uniforme.

**GENERALIDAD.** La generalidad implica que estas costumbres están destinadas para todos y que son practicadas por el conjunto de personas que componen el grupo social en su conjunto.

**NOTORIEDAD.** Estas costumbres están formadas por una cantidad de actos que se repiten y se exteriorizan de acuerdo a su naturaleza.

Estas características no van separadas unas de otras, por el contrario se complementan dentro el grupo social, un ejemplo en nuestro país es la existencia de una diversidad de costumbres entre las cuales podemos mencionar, “el martes de challa de carnaval”; práctica que tiene origen antiguo que pasó de generación en generación hasta la actualidad. Manifiesta un mismo sentido que es el de agradecerle a la Pachamama. Esta práctica se lo hace por la generalidad de las

---

<sup>3</sup> Aparicio Antezana Walter, Introducción al estudio del derecho, Pág. 185.

<sup>8</sup> Aguilar Peñarrieta Aníbal, “Curso General de Derecho” Pág. 99

personas y finalmente se exterioriza a través de diversas acciones, como: echar flores a las casas, hacer reventar cuetillos y otros que son parte fundamental del martes de challa. Por lo expuesto se establece que estas costumbres son fundamentales para la convivencia social y las practicas costumbristas y culturales de nuestro país.

## **2.3.- NORMAS CONSUECUDINARIAS O COSTUMBRE JURÍDICA**

Las normas consuetudinarias se constituyen en una de las primeras normas de regulación de la conducta del hombre, a criterio del tratadista Jorge Rendón Vásquez “La costumbre es una manera de comportamiento de las personas de un grupo social, surgido espontáneamente por las necesidades de las actividades que desarrollan y que es aceptado por todos como una conducta válida”.

En consecuencia, la costumbre no tiene un sentido personal, sino es un patrimonio colectivo, practicada de generación en generación, razón por el que el profesor Aníbal Aguilar Peñarrieta decía que son “usos muy usados”, utilizados por la generalidad de la sociedad como resultado de una serie de procedimientos y características que lo identifican por su uniformidad, exterioridad, generalidad y antigüedad, la misma que con el transcurso del tiempo ha ido adquiriendo forma jurídica dotada de obligatoriedad, al respecto el Jaime Moscoso Delgado afirma que el derecho consuetudinario “...es la norma surgida de un uso prolongado y general, cumplido con la convicción colectiva de su obligatoriedad y aplicabilidad del Estado”, criterio compartido por el Walter Aparicio Antezana quien afirma que la “costumbre jurídica es el conjunto de normas jurídicas no escritas que son impuestas por el uso, la repetición, la tradición de ciertos actos de manera espontánea y natural que llegan a tener por la práctica constante fuerza de ley<sup>9</sup>.

### **2.3.1.- CARACTERÍSTICAS DE LA COSTUMBRE JURÍDICA O DERECHO CONSUECUDINARIO**

La costumbre jurídica o también denominado derecho consuetudinario a criterio de Víctor García Toma<sup>10</sup>, tiene siete características que son las siguientes:

---

<sup>9</sup> Aparicio Antezana, Walter, “Introducción al estudio del derecho”, Pág. 156.

<sup>10</sup> García Toma Víctor, “ Introducción a las ciencias jurídicas” Pág. 248

- a) **La racionalidad.** Expresa comportamientos jurídicos coherentes con la razón, no debe ser contraria a la moral, ni contradecir los principios básicos sobre los que descansa el derecho estatal. Para Francois Géný, debe considerarse como irracional aquella costumbre que pugne con el buen sentido o choque con ciertos principios superiores que son la base de toda organización social.
- b) **Reconocimiento Estatal.** Representa una regla emanada de la comunidad con grado de obligatoriedad y reconocida por la organización estatal.
- c) **Espontaneidad.** Nace de la repetición de conductas coexistentes con la captación paulatina de cierta manera de comportarse y transmitirse a otros sujetos del mismo grupo, de manera libre y al margen de la decisión del Estado, adecuada a la conducta intersubjetiva de manera natural y sin ningún tipo de predeterminación por parte de los órganos políticos y administrativos del cuerpo político.
- d) **Formación lenta.** La costumbre jurídica no se constituye en un momento único y preciso; al contrario, implica un proceso de inducción normativa a partir de conductas generales ejercitadas a lo largo del tiempo, exigida y verificada dentro de un ámbito espacial determinado.
- e) **Autor no conocido.** No hay un legislador específico a quien atribuirle su creación. En los hechos, es el grupo social en su conjunto quien lo convierte en pauta de cumplimiento obligatorio.
- f) **Imprecisión.** Carece de los contornos normativos exactos, claros y precisos que tiene la ley estatal. Es notoria la imposibilidad de determinar con exactitud su contenido normativo.
- g) **Evolución.** Ofrece un proceso paulatino de mutación de su contenido en lapsos relativamente extensos, lo que supone su adaptación pragmática a las necesidades socio histórico.

### 2.3.2. ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE JURÍDICA O DERECHO CONSUECUDINARIO

La costumbre jurídica tiene dos elementos importantes material y espiritual:

**2.3.2.1. MATERIAL.** El elemento material o también denominado extrínseco consiste en su práctica constante y repetida dentro de las siguientes dimensiones<sup>11</sup>.

- a) **Dimensión espacial.** En relación con el espacio la práctica debe ser acatada mayoritariamente por los miembros del grupo adscrito a un territorio, lo que implica un proceso de adecuación de la conducta a lo consuetudinariamente fijado por la conciencia jurídica colectiva.
- b) **Dimensión temporal.** En relación con el tiempo la doctrina no exige un lapso específico que permita inducir racionalmente que la práctica ha echado raíces en la vida social para adquirir autoridad indiscutible.

**2.3.2.2. ESPIRITUAL.** Este elemento, también denominado intrínseco, es la conciencia de la obligatoriedad de la costumbre; así, la *opinio iuris necessitatis* equivale a establecer que los sujetos que la practican tienen la convicción de que el cumplir con la conducta prescrita expresa una necesidad normativa inexorable dentro del grupo social en que se encuentra, sin cuya existencia reinaría la arbitrariedad.

Finalmente, los elementos material y espiritual se complementan constituyéndose en una necesidad imprescindible para la vida social, dado que son resultados culturales.

### **2.3.3.- CLASIFICACIÓN DE LA COSTUMBRE JURÍDICA SEGÚN LA DOCTRINA**

La doctrina clasifica a la costumbre jurídica de dos maneras:

#### **2.3.3.1. EN RELACIÓN CON LA LEY.**

En el mundo jurídico actual la costumbre solo tiene existencia formal, es decir, es válida y aplicable a un caso si lo reconoce la ley estatal. Desde esta óptica se observan tres tipos:

---

<sup>11</sup> García Toma Víctor, “Introducción a las ciencias jurídicas” Pág. 249



- a) **Según la ley.** Es aquella que tiene como objeto coincidente y concordante una regulación establecida por la ley. Esta modalidad se verifica en tres cosas: cuando la practica interpreta el sentido de la ley, cuando la norma escrita incorpora una costumbre jurídica dentro de su texto y cuando legislativamente se autoriza o remite la solución de un problema que existe a los alcances de la costumbre.
- b) **Fuera de la ley.** Es aquella que sirve para suplir los vacios legales del texto escrito regulando situaciones no previstas por éste, pero sin contradecir sus alcances.
- c) **Contra la ley.** Algunas leyes son dictadas con imperfecta apreciación de la idiosincrasia del pueblo aún contra su tradición cultural; es aquella en la que la norma consuetudinaria va contra el texto expreso de una disposición legislativa, así opera en la realidad.

### 2.3.3.2. EN RELACIÓN CON SU ÁMBITO ORGANIZACIONAL

Desde esta óptica se observan dos tipos: la costumbre estatal y la costumbre social.

- a) **La costumbre estatal.** Es aquella que surge del cuerpo político y se aplica en el ámbito territorial del Estado. Es el caso de las formalidades existentes para la elaboración de los decretos supremos y las resoluciones ministeriales.
- b) **La costumbre social.** Es aquella que surge de las comunidades étnicas. Su aplicación se circunscribe a la parte del territorio donde se asienta el grupo étnico que se rige por ella<sup>12</sup>.

Finalmente, se debe concluir que la costumbre jurídica es el conjunto de normas jurídicas no escritas que son impuestas por el uso constante y repetido a través de la tradición de ciertos actos de manera espontánea y natural que llegan a tener por la práctica constante fuerza de ley<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> García Toma Víctor, " Introducción a las ciencias jurídicas" Pág. 252

<sup>13</sup> Aparicio Antezana, Walter, "Introducción al estudio del derecho", Pág. 156.

## 2.4.- NORMAS DEL TRATO SOCIAL

La sociedad recoge ciertos usos y costumbres que se convierten en normas de conducta de tipo social, que no le pertenecen al individuo de forma personal, sino a todos los integrantes del grupo o clase social y finalmente a un conjunto de personas, al respecto Jaime Moscoso Delgado afirma “que estas reglas se distinguen unas de otras por la diferente situación económica, política, religiosa, cultural y funcional de sus integrantes, precisando que el fundamento de las reglas del trato social radica en la sociabilidad humana”<sup>14</sup>.

De la misma manera y con la finalidad de precisar Luis Recacens Siches afirma que estas normas están relacionadas con la decencia, el decoro, la buena crianza, la corrección de normas, la cortesía, la urbanidad, las normas de estilo verbal, la caballerosidad, la atención, en suma todos los aspectos especiales de comportamiento que derivan del hecho de pertenecer a un determinado grupo social<sup>15</sup>.

### 2.4.1.- CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS DEL TRATO SOCIAL

Las normas del trato social tienen las siguientes características:

**Carácter Social.** Tienen un carácter social, porque son indicativos de convivencia social, para que por medio de la observancia de las normas sociales se logre una mejor convivencia social.

**Bilateralidad.** Las normas del trato social son bilaterales debido a que en la relación interviniente participan dos o más sujetos, por ejemplo el saludo que se dan las personas.

**Exterioridad.** Es exterior, porque se refieren a la expresión de la conducta humana que se revela en la exterioridad de esos actos de modo visible.

**Heterónomas.** Tiene carácter heterónimo, porque se reciben desde afuera, porque el individuo está obligado a la aceptación de usos y

---

<sup>14</sup> Jaime Moscoso Delgado, Citado por Walter Aparicio Antezana, “Introducción al Estudio del Derecho”, Editorial Serrano, Bolivia, Pág. 83

<sup>15</sup> Recacens Siches Luis, Citado por Jaime Moscoso Delgado, “Introducción al Derecho”, Editorial Juventud, La Paz Bolivia, 1993, Pág. 67

costumbres, transformados en algo extra individual que a veces lo hacemos mecánicamente, es decir esta impuesta por la sociedad.

**Incoercible.** Estas normas no cuentan con la exigencia obligatoria debido a que no son coercibles.

## **2.4.2. TEORÍAS SOBRE LAS NORMAS DEL TRATO SOCIAL**

Las normas del trato social tienen opiniones divergentes expresadas en las teorías positivas y negativas, consistentes en:

### **2.4.2.1. TESIS NEGATIVA DE RADBRUCH**

La relación entre normas jurídicas y del trato social, para este eminente profesor, es de orden histórico. Las normas del trato social constituyen la forma embrionaria de los preceptos jurídicos y morales; son "la proforma común, en que todavía se contienen indistintos el derecho y la moral"<sup>16</sup>.

Por tanto, no habría fundamento racional para segregar la norma jurídica de la norma del trato social.

### **2.4.2.2. TESIS POSITIVA**

**IHERING.** Según este insigne maestro hay ciertas materias que de acuerdo con su fin pertenecen al derecho y otras que, por igual razón, corresponden al trato social. Empero, él mismo reconoce que esta distinción no es rigurosa y admite la posibilidad de que lo asignado a la regulación jurídica adopte la forma del trato social y viceversa. En efecto, basta advertir que un mismo acto es regulado por ambas especies de normas; por ejemplo, el saludo en materia civil es simplemente un aspecto de cortesía, en cambio, en el régimen militar es un deber jurídico (coercible), al punto que pueda imponerse forzosamente su cumplimiento.

**DOCTRINA DE FÉLIX SOMLO.** Las normas jurídicas provienen del Estado y las del trato social, surgen naturalmente de la convivencia social. Este criterio no satisface plenamente. Existe un derecho que no es obra del Estado; se trata de las normas jurídicas consuetudinarias

---

<sup>16</sup> Gustavo Radbruch, Filosofía del Derecho, Pág.66

que son creadas morosamente por la sociedad en prolongado tiempo, a fuerza de repetir una acción generalizada.

**ARGUMENTACIÓN DE BINDER.** El carácter distintivo estaría en que el derecho cuenta con órganos coactivos y el trato social no. El derecho no siempre cuenta con órganos coactivos claramente diferenciados: las sociedades primitivas suelen carecer de estos órganos, y en ellas el mismo ofendido asume la función de castigar a su agresor. Al contrario, el trato social, incidentalmente, cuenta con entidades que sancionan a los infractores; nos referimos a los llamados "tribunales de honor" cuyos pronunciamientos, carentes de índole jurídica, sólo alcanzan a la reputación social de los individuos.

### **2.4.3. VALORES DEL TRATO SOCIAL**

Entre las normas morales, jurídicas y del trato social hay diferencias esenciales provenientes de los valores que les sirven de fundamento: el valor principal de las normas morales es el *bien*; de las jurídicas la *justicia* y las del trato social es el *decoro*. La resistencia que suele oponerse a que el decoro, la cortesía, la decencia, la urbanidad, etcétera, sean consideradas auténticos valores éticos es provocada por su carácter diverso: las peculiariza el que están traslapadas con valores éticos y vitales, participando de algunas de sus cualidades.

Los valores del trato social son éticos por cuanto encauzan la conducta, y al hacerlo mitigan los roces que producen los intereses opuestos y, a veces, excluyentes de los hombres<sup>17</sup>. Al mismo tiempo confieren cierto hábito de belleza, vitalidad y gallardía a las relaciones humanas. No es suficiente saludar, se requiere delicadeza y efusión; por eso desagrada o contraría el que se dé la mano laxamente, sin calor afectivo.

---

<sup>17</sup> La Cortesía no es solamente el resultado de la ausencia de brutalidad, sino que es también un medio de impedir que ésta resurja, desde el momento en que realiza una represión de la violencia individual" Maurice Duverger, Introducción a la Política (versión de Jorge Esteban). 1ª. Reimpresión, Editorial Ariel, Barcelona, 1968, Pág.220.

#### **2.4.4. LA “SANCIÓN” DE LAS NORMAS DEL TRATO SOCIAL**

Aunque este tipo de normas no imponen cumplimiento coercitivo, el quebrantamiento acarrea una reacción “sancionadora” expresada en la crítica, la censura, el repudio, la reprobación y en casos considerados de extrema gravedad, exclusión y ostracismo social.

### **2.5. NORMAS MORALES**

Antes de referirse a las normas morales es fundamental establecer que se entiende por la moral: y ella es el conjunto de normas, reglas y principios que regulan el comportamiento interno del hombre y de este con otros dentro la sociedad, por lo que es necesario establecer que el sentido esencial de la moral es una creación social, ha sido fundamental para la regulación de la conducta del hombre en su interrelación en la sociedad.

#### **2.5.1. IMPORTANCIA DE LAS NORMAS MORALES**

“El hombre o la mujer a lo largo de su vida en cada uno de sus actos, en los más simples o complejos, su accionar estuvo y está orientado a distinguir el bien del mal, este discernimiento le facilitó comprender los deberes morales como condición indispensable para hacer el bien, expresado como un conjunto de reglas y principios que regulan el comportamiento interno del hombre de manera individual y las repercusiones que éstas pudieran tener dentro de la sociedad”<sup>18</sup>.

La moral ha sido determinada como la ciencia del bien debido a que tiene un sentido correctivo de la conducta individual de las personas, sin embargo la corriente sociológica considera que los principios morales no son estáticos, ni perennes, cambian con el tiempo, debido a que descansan sobre el peso de la opinión social, que si bien no son coercibles una de las formas de “sanción” es el remordimiento de conciencia ya que se fundan en el fuero interno y su decisión es autónoma.

---

<sup>18</sup> Arturo Vargas Flores, “Manual de Introducción al Derecho”, Universidad Mayor de San Andrés, Carrera de Derecho  
UMSA, Pág. 69

## 2.5.2. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS MORALES

**Unilateralidad.** Porque la moral contempla las acciones humanas atendiendo a su dimensión personal, aspira a la realización del hombre bueno, regula la conducta humana individual.

**Interioridad.** La moral de la conciencia individual, regula la vida interna del ser humano.

**Autonomía.** La autonomía (de auto = por sí mismo; y nomos = ley, norma), es la facultad de gobernarse por sus propias normas. Se impone por el sujeto así mismo en ejercicio de su razón y libertad.

**Incoercibilidad.** No puede imponerse por la fuerza una voluntad ajena sobre la voluntad del destinatario del mandato normativo, no por ello no tienen sanción, pues ella es la exclusión.

## 2.5.3. TEORÍAS SOBRE LAS NORMAS MORALES

La naturaleza de las normas morales ha motivado una controversia teórica, entre los deberes morales y jurídicos que si bien se relacionan, tienen su reconocimiento por el sujeto obligado del cual deriva la adhesión de su conocimiento; al respecto se dice que “La coacción sanciona pero no obliga (WELZEL)”. Consecuentemente este tipo de normas regulan la conducta individual del sujeto en el ámbito de su conciencia personal, para lo cual requiere de la plena libertad, para su cumplimiento debe tenerse en claro que no todo lo que es moral es derecho ejemplo: “la ley permite el uso de métodos anticonceptivos pero la norma moral religiosa lo condena”<sup>19</sup>.

## 2.5.4. TIPOS DE NORMAS MORALES

**Moral de la conciencia individual.** Parte de la idea del bien que se forja en la conciencia del individuo, de la cual se derivan ciertas normas de conducta. La conciencia es el ámbito genuino de la moral.

**Moral de los sistemas religiosos.** Doctrinas morales que se extienden a todos los creyentes de una fe religiosa, cuyo cumplimiento está a cargo de la instancia juzgadora de su conciencia.

**Moral social o positiva.** Conjunto de preceptos morales vigentes en una sociedad en un determinado momento. Se expresa mediante los usos sociales.

---

<sup>19</sup> Gabriel Damián Abasto Argote, “Derecho de Personas”, Pág. 21.

### 2.5.5. LA “SANCIÓN” EN LAS NORMAS MORALES

Por lo expuesto debemos concluir que la moral es la ciencia del bien cuyo sentido es esencialmente correctivo debido a que modela y corrige la conducta individual del hombre razón por la que se origina en el fuero interno. Es en este sentido que la “sanción” al quebrantamiento individual y personal de la norma moral, cuenta con el remordimiento de conciencia, el reproche, la vergüenza, el sentimiento de culpa que trata del arrepentimiento; y la sanción al quebrantamiento de la norma moral, es la censura. Esto demuestra que la sanción jurídica, en el sujeto sancionado es el Estado, porque la violación a la norma jurídica es de orden público.

### 2.6. NORMAS RELIGIOSAS

Las normas religiosas velan por la salud del ser humano en el reencuentro con el amor de Dios, de donde emerge la relación sujeta a preceptos dictados por el ser supremo, que incumplirlas acarrearía un premio expresado en la vida eterna o el castigo como resultado del incumplimiento a las normas de conducta impuesta por Dios, en esta relación se incide como base fundamental el fortalecimiento de la fe.

Sin embargo, algunos tratadistas del derecho establecieron que las normas morales y religiosas tienen una estrecha relación, debido a que en la conciencia humana se origina el amor a dios como una forma de aspiración destinada a hacer el bien por medio de la religión, lo que dio el argumento para vincular a las normas religiosas con las morales.

#### 2.6.1. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS RELIGIOSAS

**Bilateralidad.** La observancia del dogma se da en función del grupo religioso.

**Exterioridad.** Puesto que a la religión lo que le interesa es la intención con la cual el sujeto ejecuta el acto. No basta para alcanzar la santidad que se cumpla exteriormente con ciertas ritualidades o prácticas si no que es indispensable que el individuo las acepte en conciencia (exteriormente se cumple el ritual pero interiormente es conciencia).

**Heteronomía.** Se imponen al individuo en calidad de dogmas que no se discuten. La persona no tiene oportunidad de seleccionar cuales de

sus normas aceptara, ya que su incorporación a ese culto lo sujeta a las normas que la integran, y son impuestas por la propia organización religiosa.

**Incoercibilidad.** Solamente se responde a la posible sanción espiritual; no admiten, legítimamente, la aplicación de la fuerza física en caso de incumplimiento<sup>20</sup>.

### 2.6.2. SANCIÓN

Promesas o penas en la vida ultraterrena, castigo trascendente ultratumba. En ciertas épocas y regiones se aplicaron “las ordalías” como “juicios de Dios”, aplicando pruebas crueles como la prueba de fuego.

## 2.7. NORMAS JURÍDICAS

Como afirmamos más arriba el hombre y la sociedad a lo largo de su vida emplea una serie de normas de conducta destinadas a imponer un deber ser o un deber hacer, como guía o dirección en ése contexto las normas jurídicas son esquemas de conducta humana, que se formulan en proposiciones con reflexión imperativa, su propósito es satisfacer necesidades directas o indirectas, por medio de la regulación de la vida social del hombre, garantizando el desenvolvimiento de la persona, la familia y la sociedad, su regulación de derechos como las obligaciones para con el Estado.

En este sentido, la norma jurídica como norma estatal, es regla de conducta humana obligatoria, que se concreta a las exigencias de valores jurídicos, anuncia un juicio hipotético que le da sentido jurídico a los hechos de la naturaleza y los actos de los hombres, por ello el derecho y la efectividad de la norma jurídica tiene una base en los hechos naturales y humanos que constituyen la base para poner en acción el deber ser y el ser de la norma jurídica, ejemplo: La muerte natural de una persona genera consecuencias jurídicas como la herencia. El matrimonio civil de dos sujetos de diferentes sexos, obliga al cumplimiento de normas propias de los cónyuges.

---

<sup>20</sup> Gabriel Damián Abasto Argote, “Derecho de Personas”, pág. 22.



Nadie puede ni debe apropiarse de bienes ajenos, ya que esa conducta tiene su sanción penal etc... De los ejemplos se establece que la norma jurídica se constituye en una limitante de la acción del hombre, dentro de un marco de justicia, seguridad jurídica y libertad.

### **2.7.1. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS JURÍDICAS**

**Bilateralidad.** Contempla el comportamiento de las personas en sus relaciones con los demás y la comunidad. Considera a la persona únicamente en su dimensión social en cuanto se halla en su situación jurídica social. Establece al mismo tiempo un derecho para un sujeto y un deber para otro sujeto.

**Exterioridad.** Regula la vida externa de la persona en relación con las demás personas. Lo que importa es el cumplimiento del mandato, independientemente de la conciencia del individuo.

**Heteronomía.** Su mandato proviene de un poder extraño al del propio sujeto: las normas jurídicas provienen del Estado y los subordinados deben cumplirlas independientemente de la que las estimen buenas o malas.

**Coercibilidad.** Su cumplimiento puede ser exigible por medio de la coacción externa y de ser necesario el uso de la fuerza externa.

### **2.7.2. TEORÍAS SOBRE LAS NORMAS JURÍDICAS**

***IUS NATURALISMO O DERECHO NATURAL.*** *Es la expresión que se aplica al conjunto de leyes morales naturales cuyo origen es la sola naturaleza en cuanto se refiere al ámbito de la libertad humana, dentro del supuesto, no universalmente reconocido, de que el orden legal forma parte del orden moral. En cuanto se funda en la naturaleza, el derecho natural se refiere a valores universales e inmutables.*

*“Es el conjunto de principios normativos esenciales al orden social que se fundan en la naturaleza humana, se conocen por la luz de la razón natural y se imponen a los hombres por fuerza de la misma naturaleza”.*

**RACIONALISMO.** Considera que la ley es un modo de expresar la razón como, “Ley suprema”, es decir que la exigencia racional ha permitido que la ley tenga sentido de ser.

**POSITIVISMO.** Considera a la norma jurídica como un mandato emanado de la autoridad competente, como el parlamento, una asamblea constituyente.

De lo manifestado por las corrientes jurídicas, es necesario mencionar a algunos autores, tratadistas del derecho, quienes afirman lo siguiente:

**KANT**. Dice “Al abordar la separación entre el ser (sein) y el deber ser (sollen), trato o aspecto formal de las normas. Mientras las leyes de la naturaleza se refieren al orden del ser, los mismos perciben un deber ser”.

**ZHELMANN**. Afirma que la norma jurídica es una proposición que se halla constituida para un juicio hipotético cuyo enlace es un “deber ser”, es decir este autor, descompone en dos partes “si (...), la primera; tú debes (...), la segunda. Esta proposición, que es de carácter lógico, no puede confundirse con el imperativo”.

**JELLINEK**. Dice “Que la doctrina jurídica tiene como materia aquella norma del deber ser, que relaciona el pensamiento con la acción a diferencia de las leyes naturales que describen muchos de causalidad guardada para poderes exteriores.

**DEL VECCHIO**. Enseña, que el derecho objetivo está constituido por las normas jurídicas que traducen la exigencia de que se realice o no una acción, “determinando de una manera correlativa el modo de portarse de varios sujetos”.

**KELSEN**. El objeto del conocimiento jurídico, es la norma, en consecuencia es una categoría que tiene la forma de un juicio hipotético que expresa un enlace específico de una situación de hecho condicionante con una condicionante, es decir la norma implica un deber ser que limita el accionar de los sujetos, por ello en su obra “Teoría pura del derecho” dice: Si A es, tiene que ser B, es decir si A es, debe ser B”, en este enlace existen dos elementos componentes de la norma jurídica como la condición y la consecuencia que no expresa valoración alguna, lo que demuestra que su aplicación es estrictamente normativa. Por otra parte, señala que las normas jurídicas tienen una gradación dentro el orden jurídico, donde las normas de rango inferior se hallan subordinadas a los superiores.

### **2.7.3. LA NORMA JURÍDICA COMO JUICIO HIPOTÉTICO**

El principal elemento de la norma jurídica se encuentra en el supuesto, la hipótesis o condición que mediante conceptos prefija el conjunto de

condiciones cuya realización promueve el nacimiento de la consecuencia. Ejemplo: pago de impuesto, la compra venta, y otros.

Por otra parte el supuesto hipotético suele especificar múltiples elementos, naturales y jurídicos ejemplo: Art. 144 C.P.E. "...son ciudadanas y ciudadanos todas las bolivianas y todos los bolivianos, y ejercerán su ciudadanía a partir de los 18 años de edad, cualesquiera sean sus niveles de instrucción, ocupación o renta,

II. La ciudadanía consiste:

1. En concurrir como elector o elegible a la formación y al ejercicio de funciones en los órganos del poder público, y
2. En el derecho a ejercer funciones públicas sin otro requisito que la idoneidad, salvo las excepciones establecidas en la Ley.

III. Los derechos de ciudadanía se suspenden por las causales y en la forma prevista en el artículo 28 de esta constitución".

De esta cita, se puede establecer que la norma hipotética no sólo se refiere a hechos de la naturaleza si no a actos humanos ejemplo "La nacionalidad boliviana, no es un hecho natural como el sexo, sino una situación jurídica".

#### **2.7.4. LA NORMA JURÍDICA COMO IMPERATIVO HIPOTÉTICO**

En el análisis de la norma jurídica el famoso filósofo, y sus aportes en el Derecho, Emmanuel Kant, estableció que la norma jurídica es un imperativo hipotético, debido a que está supeditada su exigencia a una condición dada por la hipótesis.

En la proposición hipotética de la norma jurídica, la imputación enlaza ciertas condiciones con determinadas consecuencias entendiendo como una relación de causalidad:

- **La condición.** Es la causa.
- **La consecuencia.** Es el efecto.

**"Si A es, es o será B"**

En la norma jurídica la conexión entre la condición y una consecuencia es una interpretación normativa. Es decir se constituye en un deber ser.

**"Si A es, Debe ser B"**

Pero puede ser que se realice la condición, no se cumpla la consecuencia debido a que el delincuente huya o muera sin purgar el delito, o por la obligación de la norma jurídica se haga imposible de la materialización del deber ser, entonces:

**“A ya no tiene como consecuencia a B”**

Toda norma jurídica constituye un supuesto, deber ser, una condición que limita nuestro accionar, al cual debemos someternos, cumplir, si esto no ocurre, debemos admitir que tendrá una consecuencia, la misma que se cumple por acción de los hombres, las autoridades policiales, del ministerio público y jurisdiccionales, sin embargo cabe señalar, que para la materialización del imperativo hipotético se requiere de requisitos que posibiliten el cumplimiento de las consecuencias, la consiguiente materialización de la hipótesis:

Ejemplo: C.P.E. Art. 56, “I. toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que esta cumpla una función social.

II. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo.

III. Se garantiza el derecho a la sucesión hereditaria”.

En el ejemplo se establece que su sustento hipotético implica que el Estado garantiza, protege, incentiva a la propiedad privada pero su uso no tiene que afectar al interés social y colectivo, si ocurre lo contrario al imperativo hipotético los infractores y transgresores de la norma hipotética se someterán a la consecuencia que establezca la propia norma.

### **2.7.5. LOS IMPERATIVOS CATEGÓRICOS**

Son aquellos que cuya orden no está sujeta a ninguna condición, presenta una conducta por sí misma, como objetivamente válida, su mandato es expeditivo, directo, rotundo. Ej.: ¡Ama a tus padres! Son mandatos que deben cumplirse porque carecen de condición; por lo contrario su cumplimiento es forzoso.

Sin embargo cabe señalar que existen varios teóricos del derecho que afirman: "...que los mandatos categóricos también poseen supuestos, cuya realización actualiza las obligaciones que impone, ejemplo: "Honrarás a tu padre y a tu madre" no obstante de forma categórica, contiene una hipótesis, fuera del cual carece de sentido la obligación que estatuye. El que encontremos supone la existencia de la relación biológica entre padres e hijos, todas las normas sea cual fuere su ropaje gramatical valen únicamente para los comprendidos dentro de su hipótesis, ya mientras ésta no se realiza, los deberes que formula no puede actualizarse.

### **2.7.6. CONSECUENCIA DE LA NORMA JURÍDICA**

La consecuencia o disposición de la norma jurídica es la presunción conceptual del efecto que sobrevendrá tan pronto se realice el supuesto de la norma, en el llamado "hecho jurídico". La consecuencia o disposición de la norma se limita a precisar en el plano conceptual, la formación, alteración o fenecimiento de normas o relaciones jurídicas, con señalamiento de sus destinatarios, sean como sujetos activos, facultados para exigir lo debido. Sea como sujetos pasivos a cuyo cargo estarán las acciones en omisiones en qué consiste el deber jurídico, la ley establece las condiciones, en la que se debe cumplir el supuesto jurídico. Ej.: Art. 24 C.P.E. "...toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario".

Lo que implica que toda persona individual o colectiva puede solicitar información sobre un aspecto concreto y acreditando interés legal, sin embargo para una mejor regulación tendría que existir una disposición legal que determine el tiempo, modo, circunstancias, lugar y otras e inclusive las sanciones que acarreará el incumplimiento, por incumplir lo prescrito por la Constitución del Estado Plurinacional.

### **2.7.7. FUNCIÓN Y ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICA**

El derecho está constituido por tres elementos:

- a) La conducta social del hombre.
- b) Las normas que regulan.
- c) Los valores hacia los cuales se orientan o dirigen.

Estos tres componentes del derecho, nos demuestran que la norma jurídica de manera formal, tiene la finalidad de regular la conducta humana, para lo cual se pone en acción cuando las personas nos obligamos a su cumplimiento. En este sentido formalmente la norma jurídica se halla integrada por dos elementos:

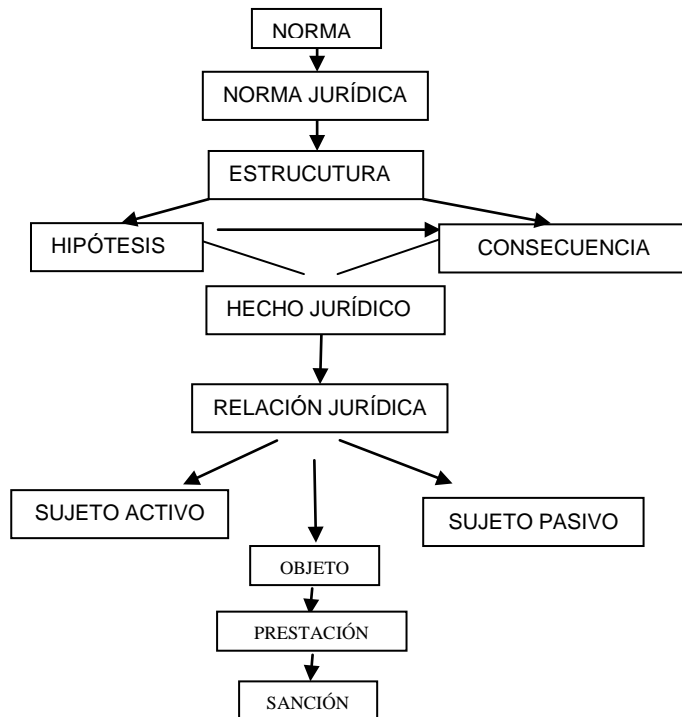
- Un precedente de hecho, o la descripción de conducta prevista como válida por el grupo que emite la norma.
- Una consecuencia de derecho, o la sanción aplicable si esa conducta no se ejecuta. El antecedente de hecho puede indicar también una conducta prohibida.

En este sentido debemos mencionar que la lógica jurídica no se agota con el simple enunciado sino que su aplicación del derecho supone el juego de varias premisas, unas normativas y otras descriptivas, que se interconectan en el muro deductivo, partiendo de un enunciado normativo, donde alternan la idealidad y la realidad. Este proceso deductivo, recibe en este caso particular, la denominación de imputación porque la sanción no sobreviene automáticamente luego que la infracción se produce, sino que requiere un procedimiento de análisis, un juicio, por quienes están llamados a imponerla, y ellos pueden decidir hacerlo o no, según las condiciones a que arriben luego de evaluar el hecho, el raciocinio del autor, las circunstancias en que se produjo y de ver si cae dentro del presupuesto de la norma. La norma constituye la premisa mayor de un silogismo; la trasgresión, prevista como antecedente de hecho de la norma, la premisa menor, cuya realización se debe constatar; y la aplicación de la sanción, la conclusión.

Funcionalmente, se integra la norma, hecho jurídico y la relación jurídica, en consecuencia la norma jurídica establece un enlace que implica un “deber ser” entre un:

- a) Hecho precedente.
- b) Hecho consecuente.

A esta conexión, calificada para producir efectos jurídicos, Kelsen la ha denominado imputación, sin embargo cabe señalar que la aplicación de la norma jurídica no es mecánica porque el destinatario es la sociedad o el hombre, de ahí que lo ideal y la realidad se constituyen en el fundamento esencial del derecho a la hora de integrar funcionalmente, para mejor entendimiento, graficaremos lo siguiente:



<b><u>NORMA</u></b>	= Regla de Conducta
<b><u>NORMA JURÍDICA</u></b>	= Regla de conducta de carácter general, obligatorio y coercible.
<b><u>HIPÓTESIS</u></b>	= Posibilidad de conducta, supuesto jurídico que puede o no materializarse, es una condición que establece Derechos y obligaciones.
<b><u>CONSECUENCIA</u></b>	= La materialización de la hipótesis.
<b><u>HECHO JURÍDICO</u></b>	= Acontecimiento producido por la naturaleza o el hombre que produce consecuencias de derecho.
<b><u>RELACIÓN JURÍDICA</u></b>	= Vínculo jurídico que une al sujeto activo, pasivo, sometido por una determinada protección.
<b><u>SUJETO ACTIVO</u></b>	= Es el titular del derecho subjetivo, que es aquella norma que tiene la facultad de erigir una determinada pretensión u obligación a una persona determinada, al sujeto pasivo.
<b><u>SUJETO PASIVO</u></b>	= Persona obligada a cumplir una determinada pretensión u obligación. Pretensión positiva = se refiere a dar, hacer. Pretensión negativa = se refiere a no hacer.
<b><u>OBJETO</u></b>	= Objeto de la obligación, bien jurídicamente protegido.
<b><u>SANCIÓN</u></b>	= Consecuencia del hecho jurídico infringido.

### 2.7.8. APLICACIÓN PRÁCTICA

**NORMA JURÍDICA “ROBO”.** El que se apoderare de una cosa mueble ajena con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas, será sancionada con privación de libertad de uno a cinco años (Cód. Penal art. 331.)

**HECHO JURÍDICO.** Prescripción de conducta: de robar y la obligación de sancionar.

**SANCIÓN:** Debe sufrir una privación de libertad de un mínimo de 1 año y un máximo de 5 años, en uno de las cárceles del Departamento.

### 2.7.9. FUNCIONALIDAD DE LA ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICA

Por lo señalado anteriormente, se establece que la funcionalidad de la norma es de suma importancia porque nos demuestra, que si bien la norma jurídica es una expresión de un deber ser, que no se dirige a nadie en particular, por el contrario este deber ser, es para todos, ésta se materializa en el momento en el que se viola o se transgrede, lo que provoca la materialización, como lógica consecuencia al hecho jurídico deberá tener “consecuencias” expresadas en una sanción o la reparación del daño ocasionado, por ello que el supuesto jurídico es el principio elemento de la norma porque prefija la condición única o del conjunto de condiciones de cuya realización nace la relación jurídica.



La característica de la norma jurídica en la obligatoriedad, es decir la norma jurídica, el ser de carácter general, obligatoria, nos demuestra que las personas están limitadas en su accionar por el mandato, motivo calificado como lícito o ilícito, por ello, la composición de hipótesis, consecuencia no está señalando la posibilidad de conducta o comportamiento que debemos tener las personas de la actualidad. De lo manifestado anteriormente, se evidencia que la función estructurada de la norma, se demuestra que el derecho está conectado a la causalidad jurídica, debido a que la norma jurídica se materializa siempre y cuando exista una causa y este produzca un efecto en esa relación, supuesta materialización.

### **2.7.10. LA NORMA JURÍDICA Y EL DERECHO**

Antes de mencionar el concepto de norma jurídica, debemos afirmar que el tema de la norma jurídica es una de las cuestiones centrales de la ciencia del derecho, ya que para muchos autores el derecho y la norma jurídica se presentan como dos conceptos inseparables, debido a que el derecho es un sistema de normas y la norma no se concibe, se expresa en el derecho, al respecto se debe indicar, que no existiría el derecho sino fuesen las normas jurídicas.

En derecho el término norma se emplea en tres acepciones cuyo uso indiscriminado puede originar errores:

- **Como proposición jurídica.** Se llama norma jurídica a la proposición que no norma en si mismo sino que describe el modo como es normada la conducta.
- **Como realidad o conducta social.** La palabra norma, se utiliza para referirse a la conducta normada, es decir se relaciona con lo “debido”.
- **Como deber ser.** La norma indica el cómo debemos ser, la que considera lo justo y recto.

La norma jurídica constituye una estructura lógica que expresa el deber ser de una conducta dirigida hacia determinado valor o valores, formalmente, la norma es un juicio que se deduce mediante una proposición, su contenido está formado por los objetos que menciona.

### **2.7.11. SER Y DEBER SER “PRINCIPIOS FUNDAMENTALES E IRREDUCTIBLES”**

Las normas, cuya transitoriedad pregonan sus limitaciones temporales, forman parte de la cultura y pueden ser conocidas exhaustivamente. Empero, tienen una manera muy propia de existir que consiste en postular un "deber ser", mediante la prescripción de acciones y omisiones. Estas imposiciones que fluyen de ella, las caracterizan básicamente. Su esencia es el imperativo con que se enfrentan al hombre requiriéndole ajuste, sus actos, a esquemas de conducta predeterminados por ellas, y consecuentemente sirven también para juzgar de la conducta obediente o renuente a sus mandatos.

La exigencia contenida en la norma, concisamente, su "deber ser", parangonaremos con el "ser". Tal propósito nos depara un momento culminante. Enfrentamos la incógnita mayúscula del hombre y de la filosofía. Abrimos un interrogante sin respuesta: ¿Qué es el ser?

El ser es infinito, sin límites, inmensurable. Su idea cubre la máxima y total extensión, en la más vasta acepción de la palabra. Y porque el ser abarca todo, sin dejar residuo alguno, en principio es indefinible, pues, toda definición, para determinar con exactitud su objeto, necesariamente, lo delimita y aísla de lo demás y aquí se da el caso singular de que "lo demás" también es el "ser" Circunscribirlo es una operación verdaderamente inconcebible: el ser es todo, y todo cae dentro del ser. Por consiguiente, a falta de otro concepto inclusivo que contenga el ser, el método definitorio del género próximo y la diferencia específica, es impracticable.

El intento de explicar el ser por la enumeración de sus inagotables caracteres, uno tras otro, no es hacedero porque como género supremo, en verdad, carece de notas distintivas y, en consecuencia, de él puede predicarse todo, absolutamente todo, lo que, paradójicamente equivale a no enunciar nada.

Una vía de aproximación es el circunloquio sugestivo: el ser abarca todo, lo conocido y lo no conocido, lo actual y lo posible, lo concreto y

lo abstracto (ser ideal), lo inmediato y lo ignoto, lo transitorio y lo eterno.

Sin embargo, no carecemos, por entero, de alguna noción del ser. Aunque indefinible, tenemos contacto directo con él. Además de percibir la presencia con que los objetos externos delatan su existencia, cada uno de nosotros, introspectivamente, se percibe a sí mismo como algo que es, como un ser, y postula y confirma su existencia al decir: "yo soy". El ser lo llevamos en nosotros.

El "deber ser," como posibilidad apremiante de realización humana, es otra idea renuente a la determinación conceptual; rebasa cualquier tentativa de encerrarla en una definición. No obstante, nuestra vivencia interna nos persuade a ciertas reglas de conducta de observancia obligatoria: cuando una persona nos solicita un falso testimonio, esa petición choca con nuestra conciencia, vale decir, con una actitud previa que nos impone la veracidad. Así tenemos experiencia íntima del "deber ser".

"Lo que es característico de la experiencia del deber ser, precisamente, que aprehendemos en ella un impulso a la acción, que se presenta como una demanda independiente de todo lo que nuestros deseos, inclinaciones e intereses nos sugieren".

De esta manera, aunque indefinibles, el "ser" y el "deber ser" no son ignorados completamente. Un instantáneo movimiento intuitivo nos pone en contacto con ellos. Todos, de un modo u otro, nos sentimos partícipes en el ser y obligados a actuar o inhibimos en situaciones específicas.

Estas dos categorías "ser" y "deber ser", además de heterogéneas, son primarias porque cada una constituye el fundamento de estructuras completamente diversas, la una de todo lo que es — del ser real e ideal — y la otra del orden normativo con sus imperativos que se traducen en deberes u obligaciones.

Desde el punto de vista lógico son independientes e irreductibles: del "ser" no se puede inferir válidamente del "deber ser", ni viceversa.

Dadas ciertas condiciones, de lo que "es" concluimos que algo "será" en el futuro, pero no cómo "debe ser"; por ejemplo, verificamos que en el pasado, próximo y lejano, algunos hombres victimaron a otros, y esto no llegan a pensar, coherentemente, que en el futuro, mientras no cambien los factores sociales y humanos, habrá homicidios; pero no podemos sentar que el hombre, mejor dicho, que algunos hombres "deben ser" homicidas.

Tampoco del "deber ser" se puede deducir correctamente al "ser"; por ejemplo, partiendo de la norma "el hombre debe ser bueno" es inaceptable enunciar que el género humano, sin exceptuar a nadie, es bueno; correlativamente, un "deber ser" que nunca fue del todo obedecido, pese a su reiterada violación, afirma incólume la obligación de cumplirlo: "no matarás".

A este respecto, fuera del plano lógico, cabe recordar que el hombre, como realizador de valores, tiene el privilegio de convertir un deber concreto en auténtica realidad: admite la asistencia como un deber de la amistad y en aras de ella protege al amigo desvalido<sup>21</sup>.

### **2.7.12. PROPOSICIONES ENUNCIATIVAS Y NORMATIVAS**

Al "ser" y al "deber ser", radicalmente diferentes, corresponden juicios y proposiciones de distinta especie: *El "ser" se expresa en proposiciones enunciativas y el "deber ser" en proposiciones normativas.*

Las proposiciones enunciativas nos dicen lo que fue, es o será; por ejemplo, Bolívar independizó de España seis repúblicas; la pizarra es negra; se concluirá la línea férrea Cochabamba—Santa Cruz. Las proposiciones normativas, en cambio, no mentan lo que fue, eso será sino lo que "debe ser", aunque la realidad contradiga sus exigencias; por ejemplo, todos los hombres deben ser veraces.

---

<sup>21</sup> Moscoso Delgado Jaime, Introducción al Derecho, Pág. 47 – 49.

Un conjunto selecto de proposiciones enunciativas, trabajosamente logrado por el lento desarrollo de las ciencias, es el constituido por las leyes naturales. Aparte de la perseverancia en la investigación y del genio creador, la entereza ante la diatriba y el escarnio fue, en ocasiones, el precio del portentoso auge de las ciencias, rememoremos a Galileo que acusado de sostener la teoría heliocéntrica de Copérnico, considerada herética, fue enjuiciado y obligado a retractarse.

Entre las reglas de conducta observadas por el pueblo y las formuladas por la especulación moral, un proceso inmanente al curso de la historia descansa el prontuario de preceptos que forman el acervo ético de la humanidad. El reconocimiento de derechos que hoy parecen obvios, fueron victoriosas conquistas. Pueblos y hombres inmolados, muchos de ellos anónimos, jalonan esta promoción normativa. Sin mencionar la formidable significación del Sermón de la Montaña, hagámonos cargo de los miles de años de contienda y sangre que posibilitaron la abolición de la esclavitud, la todavía no superada totalmente discriminación racial y, también, ha de preocuparnos la tardanza en desenclaustrar a la mujer del gineceo griego para equipararla al varón.

Al terminar esta aleccionadora hojeada, comparemos el respeto a la vida, hoy sacralizada, con el deber del buen hijo de matar a su padre cuando empezaba a mostrar síntomas de extrema decrepitud, en el antiguo Fiji, porque "la condición del alma en el otro mundo correspondía a la del individuo en el momento de su muerte"<sup>22</sup>.

## **2.8. NORMAS DE PROTOCOLO**

En el desarrollo de la vida social los individuos tratan de alcanzar objetivos personales, para este efecto se ven obligados a practicar una diversidad de normas mínimas de protocolo que permitan efectuar sus actividades en condiciones menos estresantes, ejemplo: conformar fila para la compra de taquilla para la compra e ingreso al cine, la forma para ascender y descender al micro bus u otro medio de transporte de servicio público, la concesión de paso a las damas, niños, el respeto a

---

<sup>22</sup> Moscoso Delgado Jaime, Introducción al Derecho, Pág. 50.

las personas de la tercera edad etc.. Estas conductas individuales y exteriores están sujetas a procesos de socialización que se adquiere en el grupo social y en menor o mayor grado tiene que ver con la educación de cada individuo. El incumplimiento a este tipo de normas provoca crítica, censura e inclusive podría ser considerada como ridículo por quien está quebrantando las normas de protocolo.

## 2.9. NORMAS TÉCNICAS

Las normas técnicas, constituyen un conjunto de conocimientos que previenen la forma más adecuada para hacer el bien; por ejemplo, la serie de medidas que el médico debe tomar para realizar con éxito una intervención quirúrgica, quien al no cumplir con las normas técnicas recibe una especie de sanción que se expresa en una serie de responsabilidades entre las cuales se encuentra el fracaso. Al Jaime Moscoso Delgado afirma que la regla técnica es una necesidad condicionada, debido a que se usa determinadas técnicas para lograr determinados fines.

### **LA IMPORTANCIA DEL DERECHO CONSUECUDINARIO EN EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA**

*En las diferentes sociedades y los procesos históricos sociales por las que se desarrollo el hombre, tuvo que luchar por tener mejores condiciones de vida y convivencia social, en ese sentido a encontrado en los usos, las costumbres, las tradiciones y ritos el mecanismo más importante para regular la conducta de los habitantes de las comunidades indígenas originario campesino.*

*La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, en el artículo uno dice “Bolivia se constituye en un estado unitario social de derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”, debido a la diversidad cultural, étnica y social, lo que da lugar a la revalorización del derecho consuetudinario existente en las comunidades indígenas originario campesino, como un medio alternativo a las resoluciones de los conflictos y las controversias que se generan en las diversas comunidades indígena originario campesino.*

*En ese sentido el derecho consuetudinario permite incentivar, recuperar y practicar valores sociales, humanos, culturales, históricos, religiosos, pero fundamentalmente morales enmarcados dentro de la cosmovisión andina y amazónica, cuyas características propias de estas culturas como el Aymará, el Quechua, el araona, baure, tacana, yaminawa, yuracare y otros que **practican***

**su justicia** como resultado del reflejo de la herencia social, que organiza, orienta, guía, resuelve las controversias y manifiesta valores orientando el comportamiento del hombre de manera individual y como parte integrante del grupo en el que desarrolla su vida social.

El derecho consuetudinario se constituye en la base fundamental de la jurisdicción de justicia indígena originario campesino, donde las autoridades administran justicia sobre la base de los usos, las costumbres, las tradiciones y los ritos pertenecientes a la comunidad en la que se aplica, con la participación de las autoridades legítimamente seleccionadas, quienes se desarrollan en los marcos axiológicos, ontológicos y deontológico de la cosmovisión andina y amazónica, en respeto a la diversidad cultural, los derechos humanos y las garantías constitucionales.

En ese contexto el derecho consuetudinario cuenta con el respaldo legal, en la Constitución en el Art. 190, que textualmente dice “I. Las naciones y los pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicaran sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

II. la jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidas en la presente constitución”. Este artículo y otros no solo reconocen a la justicia indígena originaria y campesina sino que revalorizan, promueven y fortalecen de acuerdo a los lineamientos establecidos en el Convenio 169 de la OIT.

Lo que dio lugar a que Bolivia adopte el pluralismo jurídico como una forma de reconocimiento y de convivencia social entre los sistemas jurídicos representados por la justicia ordinaria y la justicia indígena originaria y campesina.

## **TEMA No. 3**

### **TERMINOLOGÍA Y DEFINICIONES DE DERECHO**

#### **3.1. TERMINOLOGÍA DE LA PALABRA DERECHO**

Antes de desarrollar el contenido etimológico de la palabra derecho es fundamental referirse al significado e importancia de la palabra “JUS” y “FAS” propuesto por los Romanos. Al respecto el “Jus” y “Fas”, permitían diferenciar “el derecho humano, del derecho divino, natural, o sagrado”: “Jus” indicaba la idea de un orden o regla imperativa impuesto a los hombres para su estricto cumplimiento, mientras que el “Fas” estaba referido al derecho sagrado o al derecho natural.

Es preciso señalar que “Jus” proviene de la raíz sánscrita “jus”, que significa ligar, palabras que derivan del prefijo “Juris” que asociado a otras palabras, a expresiones como jurisprudencia, jurisconsulto, jurisdicción y otras que fueron pronunciadas en la Roma antigua por los jueces cuando se referían al acto de decir el derecho, la justicia o el valor ideal hacia el cual, se orientaba a las cualidades de un orden obligatorio.



Con los antecedentes expuestos y antes de analizar el origen etimológico de la palabra derecho, se debe dejar claramente establecido que en algunos casos, no manifiesta una noción clara y precisa sobre la dimensión verdadera de su significado que se quiere expresar, sin embargo, nos permitirá comprender su significado. Al respecto la palabra derecho deriva de la voz latina *directum* que significa recto, (el accionar del derecho debe ser “*recta*”, sin ningún tipo de preferencias o especulaciones), del participio pasivo dirigiré, (facultad o potestad que tiene el derecho para dirigir, mandar, organizar, o conducir y orientar por el camino recto). Sintetizando, “**la palabra derecho deriva de la voz latina *directum*, del participio pasivo *dirigere*”** que traducido significa que el derecho debe tener un accionar recto con facultades de mandar, organizar, alinear, encauzar, conducir, orientar, etc. En consecuencia, se puede comprender al derecho como un conjunto de reglas destinadas a ordenar, organizar y regular las relaciones sociales de los hombres dentro de la sociedad, sin ningún tipo de preferencias, con la finalidad de desarrollar una convivencia social ordenada.

### **3.2. ELEMENTOS PARA LA DEFINICIÓN DEL DERECHO**

La existencia de una variedad de definiciones sobre el derecho, nos obliga a señalar tres elementos que deben ser considerados al momento definir el derecho, con este objetivo los teóricos del derecho han establecido los siguientes elementos:

**a) LA SOCIABILIDAD DEL HOMBRE NACIDA DE SU PROPIA NATURALEZA** Como se ha explicado anteriormente, el hombre por su naturaleza, instinto de conservación, limitaciones personales, necesitó relacionarse con los demás seres de su especie y a vivir en sociedad como una condición necesaria para su conservación y desarrollo integral en el cumplimiento de sus tareas sociales, económicas, culturales, intelectivas y otras destinadas a responder satisfactoriamente a los diferentes momentos del desarrollo histórico del hombre, razón por el cual no se puede concebir al hombre aislado de sus semejantes. Por el contrario su alto grado de racionalidad y sociabilidad le obliga a vivir en comunidad, al respecto Luis Recasens

Siches, dice “La vida está rodeada de hechos sociales por que todos somos integrantes de un grupo y gran parte de nuestros actos se dirigen a los demás o a la sociedad misma, además nuestra conducta esta “condicionada” por lo social que se impone en forma de mandatos y de prohibiciones, finalmente se halla orientada por factores de esa índole que la encamina hacia realizaciones intersubjetivas, puesto que el hombre vive también para los otros”.

## **b) LA EXIGENCIA DE REGULAR LA CONDUCTA HUMANA MEDIANTE NORMAS**

“El ser humano en cuanto actúa en relación a sus semejantes, desde que empieza a razonar, ajusta su conducta a ciertas reglas, cuyo conocimiento va adquiriendo en el seno de la familia, la escuela, el trabajo, la universidad, en fin en el curso de su vida, por la tradición, la práctica, la educación o por la autoformación”<sup>23</sup>, por su parte Genaro Carrio dice “El ordenamiento jurídico es imprescindible, impone renunciamentos y sacrificios que son el precio de la vida en común y el aporte para las garantías de la efectiva realización del hombre en la sociedad”<sup>24</sup>.

De lo expuesto se establece que el hombre en sus acciones simples o complejas tiene presente el derecho expresado como un conjunto de normas que regulan imperativamente la vida social de ahí la necesidad de regular su conducta mediante normas.

## **c) LA CONDUCTA HUMANA ORIENTADA HACIA VALORES**

El derecho mediante normas, no solamente busca regular la conducta humana, sino orientarla hacia valores que permitan el buen comportamiento personal y social en la sociedad, estas cualidades buscan valores como el bien, el decoro, la justicia como valor supremo del derecho.

---

<sup>23</sup> Rendón Vásquez, Jorge, El derecho como norma y como Relación Social, Pág., 14-15

<sup>24</sup> Genaro Carrio, Citado por Arturo Vargas Flores, “Manual de Introducción al Derecho”, Universidad Mayor de San

Andrés, Carrera de Derecho UMSA, Pág. 42.

### 3.3. DEFINICIONES USUALES DEL DERECHO

Antes de definir el derecho, es necesario aclarar que no se puede encerrar el contenido de una rama del conocimiento en una definición, cuando se trata de una rama compleja como es el derecho, donde existe una diversidad de concepciones, criterios teóricos, doctrinales, filosóficos, ideológicos y otros que imposibilitan un criterio uniforme para una definición única del derecho, por el contrario la diversidad de definiciones motivado por diversos criterios ha provocado tres planteamientos:

- a) Unos, sostienen que no se puede definir el derecho.
- b) Otros, se puede definir el derecho de manera parcial.
- c) Se puede definir atendiendo a la orientación ideológica.

Estas posturas nos demuestran que no existe una sola definición de derecho, por el contrario existe problemas en la definición, por esta razón recurriremos a varios autores que ilustraran este tema, y a continuación mencionamos los siguientes:

“El derecho a primera vista se presenta como un conjunto de reglas dirigidas a ordenar la conducta humana, sin embargo existen autores que consideran que el derecho no sólo se limita a un conjunto de normas sino que se caracterizan por tener una proyección axiológica, es decir, atribuyéndole una tendencia a realizar algunos valores o ideales”<sup>25</sup>, por esta razón y con fines pedagógicos, mencionamos los siguientes: **RADBRUCH**. Quien afirma que el derecho es, “El conjunto de las normas jurídicas generales y positivas que regulan la vida social, cuyo sentido se cifra en realizar la justicia”, de la misma manera **CLAUDE DU PASQUIER**. Afirma que el derecho “Es la ordenación social e imperativo de la vida humana, orientada a la realización de la justicia”, por su parte **MARIO ALZAMORA VALDEZ**. Señala que el derecho es “La regulación de la vida social del hombre para alcanzar la justicia”.

---

<sup>25</sup> Rendón Vásquez, Jorge, El derecho como norma y como Relación Social, Pág., 14-15.

En otros casos, se incorpora a la definición, la idea de coerción material como respaldo de la regla y garantía de seguridad, es el caso de los “hermanos **MAZEAUD** quienes indican que “La regla de derecho es una regla de conducta social que, sancionada por la coerción, debe tener por fin hacer reinar el orden aportando la seguridad en la justicia”; Incliniéndose hacia las relaciones sociales en sí, pero también con una connotación axiológica, **LUIS LEGAZ Y LACAMBRA**, afirmando que el derecho es “Una forma de vida social, la cual se realiza un punto de vista sobre la justicia, que limita las respectivas esferas de licitud y deber, mediante un sistema de legalidad, dotando valor autárquico”; con la expresión de sistema normativo, **HANS Kelsen** afirma que el “El derecho es un conjunto de normas obligatorias que se originan sucesivamente por el mandato de una norma superior con prescindencia de toda consideración valorativa”, es decir se considera a las normas jurídicas como un sistema de proposiciones normativas formuladas por la autoridad creadora del derecho, rechazando y apartándose del criterio axiológico como parte tipificante del derecho, debido a que la justicia es un elemento subjetivo que depende de cada cual y no puede servir de base a un ordenamiento social que debe ser acatado por todos cualesquiera que sean sus ideas sobre la justicia; por otra parte, sostiene que las normas jurídicas están organizadas de manera jerárquica, aseveración válida para todos los lugares y tiempos, debido a que se encuentra respaldada por una sanción, por esta razón a su obra se ha llegado a denominar la “Teoría pura del Derecho”, a la cual la doctrina le ha llamado también el formalismo, ya que, a su criterio, la ciencia del derecho debe estudiar la forma de las reglas jurídicas y no su contenido; la definición cautelosa de **MARTY Y RAYNAUD** afirman que “hay un punto sobre el cual es necesario ponerse de acuerdo: “Es que el fin del derecho es organizar un cierto orden social, sobre el contenido exacto de este orden, sobre la parte que se le reserva a tal o cual concepción de justicia, o sobre la preocupación por la seguridad y la estabilidad, sobre la primacía dada a los intereses de los individuos o a la cohesión social, se puede discutir, pero en todo caso permanece la necesidad de un orden social.

Se puede por lo tanto, decir que el derecho es el conjunto de reglas obligatorias en vista de organizar el orden social”<sup>26</sup>.

### **3.4. LA IDEOLOGÍA JURÍDICA Y EL DERECHO**

“Los seres humanos no adoptan una actitud pasiva frente al derecho; por el contrario, en defensa de sus intereses, revelan una conducta sumamente dinámica”<sup>27</sup>, por ello esta actitud presupone una manera de pensar sobre cómo debe ser el derecho, o cómo y por qué debe cambiar. Al difundirse estas ideas y ser admitidas como necesarias o como propias por los demás miembros de las clases sociales en las que nacen y por otros grupos con intereses coincidentes, se crean corrientes de opinión que pueden alcanzar una determinada significación política, traducirse en normas jurídicas o producir el cambio del sistema económico, político y jurídico, como expresión de las necesidades e intereses materiales de esas clases y grupos.

Tales ideas sobre el derecho constituyen una parte de la ideología, la cual, a su vez, contribuye a la formación de la conciencia social. Al respecto Jorge Rendón Vásquez en su obra el “El derecho como norma y como relación social” dice la ideología, es el conjunto de ideas con los cuales se busca explicar las cosas y fenómenos de la naturaleza, de la sociedad y de la conciencia señalando como son y como deberían ser y evolucionar o no evolucionar desde el punto de vista de la situación, exigencia o interés de cada clase social”. En consecuencia tales ideas sobre el derecho constituyen una parte de la ideología, la cual a su vez constituye a la formación de la conciencia social.

A manera de conclusión se puede afirmar que detrás de una definición o concepto de derecho se encuentra un presupuesto ideológico que debe ser considerado al momento del estudio, el análisis, cuestionamiento o reflexión, ya que la diversidad de definiciones no orientan a diversas posturas teóricas, doctrinales, filosóficas, orientadas a limitar al derecho a un conjunto de normas jurídicas otros

---

<sup>26</sup> Rendón Vásquez, Jorge, El Derecho como Norma y como Relación Social, Pág. 15 – 16.

<sup>27</sup> Rendón Vásquez, Jorge, Derecho como Norma y como Relación Social, Pág. 155.

a la regulación de la vida social y finamente autores que motivan observarlo al derecho como un medio de consecución de valores.

### **ACEPCIONES DEL VOCABLO DERECHO**

**Walter Aparicio Antezana, Introducción al estudio del derecho**

*Los seres humanos desde épocas muy remotas, empezaron a convivir en una serie de grupos llamados hordas, clan, gens, tribu, etc. Y para que esa convivencia se lleve a cabo en armonía, orden y paz, entre sus miembros, se impusieron toda clase de normas de comportamiento entre sí, empezando con normas morales, religiosas las cuales a través del tiempo se convirtieron en jurídicas, de carácter exterior, que en su conjunto constituyen lo que se vino a llamar Derecho.*

*Para nuestros fines, descartamos las acepciones en sentido vulgar y nos limitaremos a los significados dentro las disciplinas jurídicas, los sentidos en que se emplea esta palabra son los siguientes.*

- a) *Designando algunos impuestos, como ser derechos aduaneros, derechos de importación, etc. Se trata de un uso tan generalizado e incorrecto, pues correspondería decir con propiedad, impuestos aduaneros o impuestos a la importación, por lo tanto queda descartada esta acepción.*
- b) *Como Sinónimo de ciencia del derecho, tal sucede cuando se dice doctor en Derecho, estudiante de Derecho, Facultad de Derecho, etc. También en este caso estamos frente a un empleo inexacto del término, por que se hace referencia a la Ciencia del Derecho o a las distintas especialidades que la integran, pues lo que corresponde es decir solamente Doctor, estudiante, o Facultad de Ciencias de Derecho o Ciencias jurídicas, en consecuencia, dejamos también de lado este significado.*
- c) *Designando el derecho subjetivo o facultad jurídica que tiene una persona de realizar determinados actos, como el derecho a testar, derecho de transitar, derecho a la vida, etc. Esta acepción no da lugar a equívocos, por que se refiere al Derecho subjetivo o a la persona titular de ese derecho o facultad jurídica*
- d) *Designando a la generalidad de las normas jurídicas, a las leyes o reglas de conducta, que rigen la convivencia humana, nos referimos al Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho boliviano, etc., específicamente hablamos del Derecho Objetivo a lo que se llama también Derecho-norma.*

*Después de lo dicho, hemos aclarado el sentido técnico jurídico de la palabra derecho, razón por la cual debe ser empleada con este significado en el ámbito de las ciencias y la filosofía jurídica.*

## TEMA No. 4

### FUENTES DEL DERECHO

#### 4.1. SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN FUENTES DEL DERECHO

Antes de desarrollar la temática, por razones pedagógicas se debe precisar el término fuente, al respecto el diccionario de la lengua española<sup>28</sup> dice que la fuente es “El principio, fundamento u origen de algo”, en cambio el diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales establece que es utilizada en razón de la creación y validez de misma, entonces surge la pregunta ¿Dónde está el origen del derecho? Al respecto, los tratadistas del derecho vierten una diversidad de criterios teóricos, doctrinales e ideológicos, por ejemplo: algunos tratadistas afirman que el derecho tiene su origen en la realidad misma ya que esta constituye la base fundamental para el surgimiento del derecho, por otra parte existe el criterio de que la fuente del derecho se encuentra en la naturaleza del hombre e individualizado por su justa razón, asimismo, otros consideran que el derecho no es, ni puede ser producto de la arbitrariedad, por otra parte hay quienes piensan que la fuente del derecho está en el modo de producción o en la voluntad de la clase dominante, en cambio desde el punto de vista técnico la fuente se encuentra en los manantiales de donde surgen las normas jurídicas, referidas a la creación de las diversas normas jurídicas como: la

---

<sup>28</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española 2010: 741.

Constitución del Estado, la ley, los decretos y el conjunto de pautas compuestas por valoraciones, principios morales, doctrinarios, etc. Que determinan la voluntad del legislador<sup>29</sup>, contribuyendo a dar contenido a la norma jurídica y estableciendo la validez de la norma superior como fuente de la norma inferior. En la perspectiva de lograr una mejor comprensión se debe partir de las siguientes acepciones:

**a) El derecho como ciencia social tiene su fuente en<sup>30</sup>:**

1. El hombre y la realidad social
2. La historia
3. Las luchas sociales
4. Los medios de producción

**b) El derecho como norma o derecho objetivo, tiene su fuente en:**

1. En las fuentes directas, que se refieren a la norma jurídica propiamente dicha.
2. En las fuentes indirectas, que ayudan a la producción de las normas y a su entendimiento.

## **4.2. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO**

Por su importancia las fuentes del derecho se clasifican en:

- a) Fuentes materiales o reales
- b) Fuentes formales
- c) Fuentes de validez
- d) Fuentes del conocimiento

Con la finalidad de lograr mejor comprensión, es necesario explicar cada una de las fuentes anteriormente mencionadas:

### **4.2.1. FUENTES MATERIALES O REALES**

La fuente real o material son las motivaciones que impulsa al legislador para que mediante un proceso determinado elabore un anteproyecto o proyecto de ley destinado a resolver los diversos problemas jurídicos

---

<sup>29</sup> Manuel Osorio, Diccionario Jurídico, 1989, Pág. 328.

<sup>30</sup> Aparicio Antezana, Walter, "introducción al estudio del derecho", Pág. 116.



que se presentan dentro la sociedad, por ejemplo: observa todos los días un grupo de niños de la calle, se encuentran desprotegidos jurídicamente, ante esta situación, con el respaldo de la idea de justicia propone un anteproyecto de ley donde contemple características cuantitativas, cualitativas, circunstancias y otros que se constituyen en el elemento real destinada a buscar una protección jurídica para los niños de la calle; de esa manera la ley tiene su origen social en los hechos dados por la propia realidad que permiten proporcionar el contenido, la substancia y los preceptos normativos que respondan a las múltiples causas o circunstancias que ofrecen los hechos jurídicos o socio jurídicos sean estos de carácter económico, político, social, cultural, histórico o de otra índole que caracterizan a la realidad para el cual se construyen las normas jurídicas.

### 4.2.2. FUENTES FORMALES

Hemos dicho que las fuentes materiales o reales suministran el contenido sobre los cuales se modela la fisonomía exterior de los preceptos jurídicos del derecho, expresadas en normas, que mediante un determinado procedimiento se elevan a dar forma a las normas jurídicas constituyéndose en la causa de la manifestación del derecho positivo, caracterizadas por la coacción impuesta por el Estado. Al respecto el profesor **Clemente Soto Álvarez**<sup>31</sup>, afirma que las fuentes formales del Derecho, “Son los procesos a través de los cuales se elaboran normas jurídicas, es decir son los procesos que comprenden las manifestaciones reales que dan origen a las normas jurídicas, por virtud de factores políticos, culturales, religiosos, etc., y que suponen las formas reguladas por el propio Derecho vigente, para la creación sistemática y ordenada de las leyes como son:

- a) **La legislación.** Según el tratadista del derecho **Eduardo García Máynez**, afirma que “La legislación es el proceso, por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general a las que se les da el nombre específico de leyes”, sin embargo gran parte de los

---

<sup>31</sup> Aparicio Antezana, Walter, “Introducción al estudio del derecho”, Pág. 117.

estudiosos del derecho toman el criterio general, en el sentido de que todas las normas jurídicas emanan de autoridad competente, destinadas a la regulación de la vida social de los hombres dentro de la sociedad, para este efecto el Estado ha creado órganos competentes con facultades exclusivas para dictar leyes, ejemplo la Asamblea Constituyente Plurinacional.

**b) La costumbre.** Se constituye en una fuente formal del Derecho, debido a que el hombre desde el inicio de su aparición en el planeta tierra ha tenido necesidad de regular su conducta, para lo cual ha creado sus propias normas, entre las cuales se encontraba las costumbres, las mismas que han surgido de manera espontánea dentro la sociedad, para que más tarde se conviertan en normas consuetudinarias y posteriormente en disciplinas jurídicas. Por su importancia, la costumbre jurídica distingue las siguientes características:

1. **Es particularista.** Debido a que su carácter particular se halla limitado a un lugar geográfico y a una sociedad determinada.
2. **Es imprecisa.** Debido a que se caracteriza por su incertidumbre o su imprecisión, solo se conserva en la memoria del pueblo, y para determinar su origen, es necesario probar su existencia.
3. **Es de formación lenta.** Debido a que los actos se repiten un tiempo más o menos largo.
4. **Es de carácter anónimo.** Debido a que no existe una persona a quien se le atribuya la autoría de las costumbres, por lo que no es de nadie en particular sino de la colectividad.
5. **Es espontánea.** Debido a que no se estudia ni planifica, la costumbre fluye libremente del pueblo o la sociedad, que tiene por objetivo regular la conducta de la vida social del hombre.

**c) La Jurisprudencia.** En alemán inglés significa ciencia del Derecho, en el derecho europeo continental se entiende como “el conjunto de decisiones, resoluciones, sentencias, fallos finales, que dictan los más altos tribunales de justicia sobre una misma materia

en sentido uniforme, que forman un cuerpo de soluciones que adquieren carácter obligatorio”.

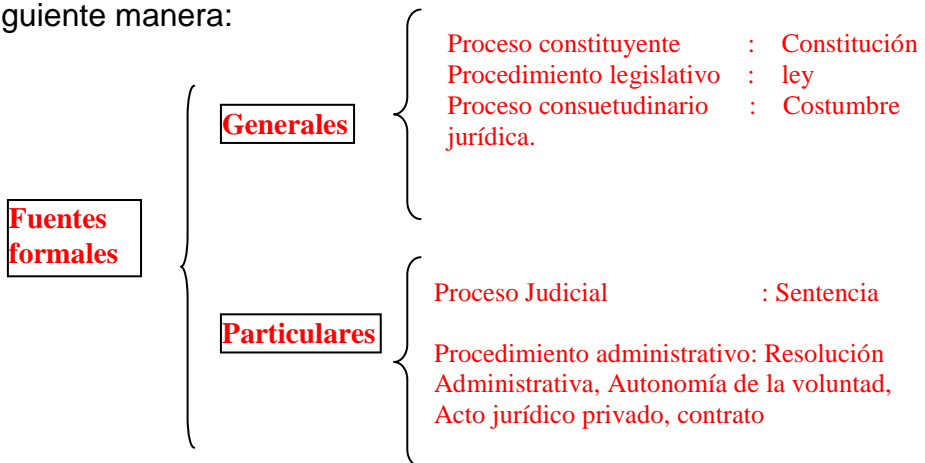
La casuística dictada en los tribunales en sentencia y autos definitivos, también se llama jurisprudencia, emitidos en aplicación a la ley, una jurisprudencia con criterio doctrinal y eficiente, sirve para la correcta aplicación del Derecho. Los romanos, definían a la jurisprudencia como la ciencia de lo justo y de lo injusto. Del conocimiento de las cosas divinas y humanas.

#### 4.2.2.1. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES FORMALES

Como dijimos anteriormente, las fuentes formales modelan la fisonomía exterior de las normas jurídicas las mismas que se clasifican en:

1. GENERALES, estas normas jurídicas están destinadas para el común de las personas, es decir para un número indeterminado de gentes.
2. PARTICULARES, estas normas jurídicas se producen y están destinadas a un grupo determinado de personas, es decir se individualizan debido a que las proposiciones alcanzan a una o varias personas, siempre nominalmente identificadas (Fulano, Mengano, Zutano).

En este sentido las fuentes formales del derecho se configuran de la siguiente manera:



#### 4.2.2.1.1.- FUENTES FORMALES GENERALES

Las fuentes formales de carácter general se pueden clasificar en las siguientes:

- a) **El proceso constituyente.** El proceso constituyente es una fuente de carácter general del derecho, debido a que la finalidad es establecer una nueva Constitución del Estado, cuyas normas dan la estructura jurídica y política del Estado.

**EL PROCESO CONSTITUYENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA**

**ART. 411**

*Establece “I. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecta a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primicia y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente Originaria Plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizara por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debido a probar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presente. La vigencia de la reforma necesitara referendo constitucional aprobatorio.*

*II. la reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitara referendo constitucional aprobatorio”.*

- b) **El procedimiento legislativo.** Es una serie de procedimientos, actos sucesivos y coordinados que tienen la finalidad de establecer una norma con el nombre de ley, bajo el siguiente procedimiento:

#### **Facultades del órgano legislativo**

Iniciativa = Es la facultad de proponer ante el órgano legislativo un proyecto de ley.

Discusión = Es la deliberación del órgano legislativo en grande, detalle y revisión.

Sanción = Es la aprobación del proyecto de ley por el órgano legislativo.

## **Facultades del órgano ejecutivo**

Promulgación = Es la facultad del Presidente del Estado que da fe de la existencia de la ley y Dispone su cumplimiento.

Publicación = Poner en conocimiento de toda la opinión pública por medio de la Gaceta Oficial del Estado.

## **Facultades de los Presidentes de los Órganos Legislativo y Ejecutivo**

Veto = Es la facultad exclusiva que tiene el Presidente para vetar una ley sancionada cuando no está de acuerdo con su contenido o tiene observaciones sobre algunos artículos.

Promulgación supletoria = Es la facultad del Presidente del órgano legislativo para que promulgue la ley si no ha sido promulgado por el presidente en el término de diez días.

### ***EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA***

**Artículo 162. I.** *Tienen la facultad de iniciativa legislativa, para su tratamiento obligatorio en la Asamblea Legislativa Plurinacional:*

- 1. Las ciudadanas y los ciudadanos.*
  - 2. Las asambleístas y los asambleístas en cada una de sus Cámaras.*
  - 3. El Órgano Ejecutivo.*
  - 4. El Tribunal Supremo, en el caso de iniciativas relacionadas con la administración de justicia.*
  - 5. Los gobiernos autónomos de las entidades territoriales.*
- II. La ley y los reglamentos de cada Cámara desarrollarán los procedimientos y requisitos para ejercer la facultad de iniciativa legislativa.*

**Artículo 163.** *El procedimiento legislativo se desarrollará de la siguiente manera:*

- 1. El proyecto de ley presentado por asambleístas de una de las Cámaras, iniciará el procedimiento legislativo en esa Cámara, que la remitirá a la comisión o comisiones que correspondan para su tratamiento y aprobación inicial.*
- 2. El proyecto de ley presentado por otra iniciativa será enviado a la Cámara de Diputados, que lo remitirá a la comisión o las comisiones.*
- 3. Las iniciativas legislativas en materia de descentralización, autonomías y ordenamiento territorial serán de conocimiento de la Cámara de Senadores.*
- 4. Cuando el proyecto haya sido informado por la comisión o las comisiones correspondientes, pasará a consideración de la plenaria de la Cámara, donde será discutido y aprobado en grande y en detalle. Cada aprobación requerirá de la mayoría absoluta de los miembros presentes.*

5. *El proyecto aprobado por la Cámara de origen será remitido a la Cámara revisora para su discusión. Si la Cámara revisora lo aprueba, será enviado al Órgano Ejecutivo para su promulgación.*

6. *Si la Cámara revisora enmienda o modifica el proyecto, éste se considerará aprobado si la Cámara de origen acepta por mayoría absoluta de los miembros presentes las enmiendas o modificaciones. En caso de que no las acepte, las dos Cámaras se reunirán a requerimiento de la Cámara de origen dentro de los veinte días siguientes y deliberarán sobre el proyecto. La decisión será tomada por el Pleno de la Asamblea Legislativa Plurinacional por mayoría absoluta de sus miembros presentes.*

7. *En caso de que pasen treinta días sin que la Cámara revisora se pronuncie sobre el proyecto de ley, el proyecto será considerado en el Pleno de la Asamblea Legislativa Plurinacional.*

8. *El proyecto aprobado, una vez sancionado, será remitido al Órgano Ejecutivo para su promulgación como ley.*

9. *Aquel proyecto que haya sido rechazado podrá ser propuesto nuevamente en la Legislatura siguiente.*

10. *La ley sancionada por la Asamblea Legislativa Plurinacional y remitida al Órgano Ejecutivo, podrá ser observada por la Presidenta o el Presidente del Estado en el término de diez días hábiles desde el momento de su recepción. Las observaciones del Órgano Ejecutivo se dirigirán a la Asamblea. Si ésta estuviera en receso, la Presidenta o el Presidente del Estado remitirán sus observaciones a la Comisión de la Asamblea.*

11. *Si la Asamblea Legislativa Plurinacional considera fundadas las observaciones modificará la ley conforme a éstas y la devolverá al Órgano Ejecutivo para su promulgación. En el caso de que considere infundadas las observaciones, la ley será promulgada por la Presidenta o el Presidente de la Asamblea. Las decisiones de la Asamblea se tomarán por mayoría absoluta de sus miembros presentes.*

12. *La ley que no sea observada dentro del plazo correspondiente será promulgada por la Presidenta o Presidente del Estado. Las leyes no promulgadas por el Órgano Ejecutivo en los plazos previstos en los numerales anteriores serán promulgadas por la Presidenta o el Presidente de la Asamblea.*

**Artículo 164. I.** *La ley promulgada será publicada en la Gaceta Oficial de manera inmediata.*

**II.** *La ley será de cumplimiento obligatorio desde el día de su publicación, salvo que en ella se establezca un plazo diferente para su entrada en vigencia.*

**c) Proceso consuetudinario.** Es una serie de procedimientos que se generan para llegar a constituir la costumbre y posteriormente la costumbre jurídica, constituyéndose en normas de conducta de carácter general.

## **LA COSTUMBRE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA**

*Art. 30.I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.*

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

*1. A existir libremente.*

*2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión....*

*II. la reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitara referendo constitucional aprobatorio”.*

### **4.2.2.1.2.- FUENTES FORMALES PARTICULARES**

Las fuentes formales particulares se clasifican en:

**Los procesos judiciales.** Implementan un conjunto de procedimientos legales en el órgano jurisdiccional con la finalidad de administrar justicia sobre hechos jurídicos concretos y contra personas específicas, los mismos que son regulados por el derecho adjetivo, normado en los códigos de procedimiento civil, penal, etc. Los pronunciamientos recaen sobre personas identificadas y objetos comprendidos en el litigio.

**Los procedimientos administrativos.** Constituyen un conjunto de normas jurídicas que regulan los procedimientos administrativos contra personas determinadas por hechos jurídicos que van contra las normas administrativas sustentadas en las disposiciones Municipales, Universitarias y otras cuando cometen actos en contra los Reglamentos, Resoluciones administrativas y otras inherentes a administración pública.

**La autonomía de la voluntad.** Se funda en la voluntad de las personas que al margen de lo reconocido por el derecho se celebra actos jurídicos de carácter privado, constituyéndose en una fuente particular, porque engendra normas individualizadas: como el testamento que instituye como heredero a una o varias personas debidamente individualizadas, de la misma manera son los contratos que se celebran entre personas debidamente identificadas, es el caso de los contratos de compra y venta, alquiler, trabajo, etc.

#### **4.2.3. FUENTES DE VALIDEZ**

Las fuentes de validez se caracterizan porque las normas jurídicas son validas y tienen fuerza obligatoria, debido a que forman parte de un sistema jurídico positivo, al cual las personas ajustan su conducta, cumpliendo sus mandatos, bajo alternativa de imponer sanciones por disposición de la propia normativa.

La norma jurídica ha sido elaborada por un órgano mediante un procedimiento determinado, priorizando como máxima expresión del derecho interno a la constitución política del Estado que infunde validez sobre todas las normas de rango inferior, en síntesis la fuente de validez deriva su fuerza de la imposición, impuesta por la Constitución<sup>32</sup>. En otras palabras sea hecha por autoridad competente y procedimiento previamente autorizado.

En consecuencia, la norma jurídica es válida cuando ha sido creada en la forma establecida por otra superior que le confiere validez. Así es como todas las normas jurídicas, mediata o inmediatamente, obtienen su cualidad obligatoria de la Constitución del Estado<sup>33</sup>. De ahí que las diversas normas vigentes en un Estado, sin exclusión alguna, integran una unidad en virtud de que todas derivan su validez de una sola

---

<sup>32</sup> Kelsen, Teoría General del Derecho y del Estado, Págs. 35 y ss.

<sup>33</sup> "A la pregunta por qué tiene carácter jurídico un cierto acto de coacción, por ejemplo: el hecho de que un individuo prive a otro de su libertad metiéndolo en la cárcel, hay que contestar: porque tal acto ha sido prescrito por una norma individualizada, la sentencia judicial. A la pregunta de por qué esta norma individualizada vale como parte de un determinado orden jurídico, se contesta diciendo: porque ha sido creada de conformidad con una ley penal. Esta ley, por último, deriva su validez de la Constitución, en cuanto ha sido establecida por un órgano competente, en la forma prescrita por la misma Constitución". Id., Pág. 135.



fuelle: La Constitución del Estado. Este fundamento único, es el válido para establecer un sistema gradual llamado jerarquía normativa<sup>34</sup>.

Por las razones expuestas se establece que existe incompatibilidad entre normas cuando se producen leyes inconstitucionales, reglamentos ilegales, actos jurídicos ilícitos, y sentencias y resoluciones que no corresponden a las normas del derecho legislado, en este sentido para superar estas contradicciones, como principio general, prevalece la norma de más alto nivel, con el propósito de las normas inferiores incongruentes con otras superiores sean algunas veces, revocadas o modificadas (sentencias y resoluciones administrativas), otras, suspendidas en su aplicación mediante disposición expresa en favor de quienes las impugnaron fundadamente, e inclusive disponiendo responsabilidad para los órganos o el juez que ha resuelto la controversia jurídica.

#### **4.2.3.1. JERARQUÍA NORMATIVA**

El Estado jurídicamente organizado cuenta con un conjunto de normas jurídicas debidamente organizadas de manera jerárquica. Conocida como la JERARQUÍA NORMATIVA, debido a que en su estructura cuenta con varias normas jurídicas positivas las mismas que se encuentran organizadas armónicamente y que no es una simple coordinación, ya que la totalidad de las normas jurídicas de un Estado guardan entre sí un orden de prelación y están dispuestas jerárquicamente, ofreciendo la imagen de una pirámide, en cuya cúspide se encuentra la Constitución del Estado. Al respecto la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en el art. 410 dice: “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:

---

<sup>34</sup> Descontando diferencias obvias, así como los descendientes de un tronco común (abuelo-abuela) forman una familia, también las normas positivas provenientes de una norma fundamental forman un sistema jurídico unitario.

1. Constitución Política del Estado Plurinacional
2. Tratados Internacionales.
3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental municipal e indígena.
4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanada de los órganos ejecutivos correspondientes”.

Desde el punto de vista de la Teoría General del derecho, las normas jurídicas guardan la siguiente prelación jerárquica de tipo general:

- a) Normas Constitucionales
- b) Normas Orgánicas
- c) Normas Ordinarias
- d) Normas Reglamentarias
- e) Normas Individuales

Por su aplicación las normas jurídicas en sentido particular se organizan de la siguiente manera:

- a) **Constitución Política del Estado** (Declara derechos principios y garantías, constituye al Estado)
- b) **Tratados Internacionales** (en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país)<sup>35</sup>.
- c) **Leyes** (Reciben su validez y creación de la Constitución – emanan del poder legislativo).
- d) **Decretos Supremos** (Emanan del poder ejecutivo).
- e) **Reglamentos** (Son dictados por autoridades administrativas competentes).
- f) **Resoluciones** (Son dictadas por autoridades políticas y administrativa).
- g) **Actos Jurídicos** (Producto de la creación de las voluntades de los que celebran el acto jurídico).
- h) **Negocios Jurídicos** (Contratos privados, testamento, etc.).
- i) **Hechos jurídicos** (Acontecimientos producidos por el hombre o la naturaleza que tiene efectos de derecho).

---

<sup>35</sup> Art. 410 Constitución Política del Estado Plurinacional.

#### 4.2.3.2. FUENTE DE VALIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN

Las fuentes de validez de una cantidad considerable de Constituciones del Estado de varios países, tienen su origen en una serie de sucesos históricos que marcan el principio de un nuevo derecho; por ejemplo, la Declaración de Independencia del Alto Perú que al erigir un nuevo Estado, nuestra República, también instituyó un nuevo derecho.

Indudablemente, en la vida de los pueblos hay acontecimientos que promueven la aparición de legisladores originarios, cuya labor, como dice Stammler, es la formación originaria del derecho<sup>36</sup>. Ya implantado el nuevo derecho, se organiza o tiende a ello, hasta culminar con una nueva Constitución positiva, generalmente escrita, como base de un ordenamiento jurídico sistemático.

Prácticamente pueden reducirse a cuatro los tipos de hechos históricos con tan extraordinaria significación jurídica que instauran un nuevo derecho, según la máxima latina "Ex facto ius oritur".

**a) Ocupación originaria.** Entre los primeros ocupantes de un territorio hasta entonces deshabitado, y siempre que obren por su cuenta y a su propio nombre y no como representantes del Estado cuyo derecho hasta entonces acataron, y con el cual han roto, brota necesariamente una regulación nueva de sus acciones sociales que contiene, aunque incipiente, una ordenación jurídica. ¡Ubi societas ibi ius! (Donde hay sociedad hay derecho).

Von der Decken, citado por Stammler, cuenta que a principios del siglo XVII, habiendo zozobrado un buque de una factoría comercial portuguesa, sólo pudo salvarse uno de los botes, tocando tierra en una isla no conocida y deshabitada del archipiélago Indico, y con la notable coincidencia de que únicamente lo ocupaban niños pequeños de los naufragos. Estos hombres, permanecieron apartados durante mucho tiempo, mientras no fue descubierto este "archipiélago del Nuevo Mundo", y en ese lapso dieron un orden especial a su comunidad, el cual contenía en germen reglas jurídicas, es decir, un nuevo derecho.

---

<sup>36</sup> R. Stammler, Tratado de Filosofía del Derecho, Pág.176.

Igualmente anecdótica es la colonia que algunos marineros ingleses amotinados, unidos a mujeres de Tahití, se establecieron en 1790, en la isla de coral Pitcairn. Como en el ejemplo anterior, aquí también se hacía presente la aurora de un nuevo derecho.

**b) Tratados ex novo.** El tratado que da origen a una Confederación funda un orden jurídico enteramente nuevo, del que son dependientes los Estados signatarios. Stammeler hace notar que es un "vicio de legalidad" pretender que la fuente de validez del derecho de la Confederación sea su aprobación por los parlamentos de los países pactantes. Su competencia no puede llegar tan lejos; cada uno de ellos fue instituido como Parlamento Soberano, y como tal no puede reconocer ni admitir legítimamente sobre sí ninguna instancia legisladora superior —la de la Confederación—. No obstante, esto es, precisamente, lo que hacen al aprobar el pacto confederativo, y al hacerlo sobrepasan sus facultades, incurren en nulidad absoluta, se autodestruyen al violar su propia soberanía, a la vez que desbaratan su independencia.

En rigor, no puede deducirse la validez jurídica de estos tratados de las aprobaciones parlamentarias de los países confederados. Con la Confederación nace un nuevo derecho, aparte y por encima de las constituciones de los estados confederados.

**c) Revolución.** Una concepción estrictamente jurídica de la "revolución" no requiere que después de abatido el antiguo régimen de gobierno se implante un orden social y político distinto al anterior, basta la substitución ilegítima del gobierno; consiguientemente comprende el "golpe de estado".

Para el derecho, la revolución consiste puramente en la ruptura ilegal del ordenamiento jurídico vigente, como totalidad; es pues un fenómeno global, ante el cual nada es la simple infracción aislada.

Ocurre que quienes desempeñan las primeras magistraturas del Estado con investidura y atribuciones emanadas de la Constitución, y por ello como autoridades constitucionales, son reemplazados de modo ex abrupto por otros cuya potestad de mando tiene por base única la imposición de la fuerza. La quiebra institucional, en primer término, arrasa la Constitución y acarrea el derrumbe de todo el

régimen jurídico fundado en ella. Bruscamente caduca todo el derecho vigente. Mas, como la sociedad no puede existir sin orden jurídico, el poder surgido de la revolución triunfante instituye un nuevo derecho, sin relación de dependencia con el antiguo. ¡El éxito le otorga autoridad *ex-post facto*!<sup>37</sup> Las normas que dicta se conocen con el nombre de decretos-leyes.

"Comúnmente, los nuevos hombres a quienes la revolución lleva al poder únicamente anulan la Constitución y ciertas leyes de significación política superior, poniendo en su lugar otras normas". En buena proporción subsisten en el nuevo ordenamiento jurídico contenido del antiguo derecho que son homologados, convalidados, expresa o tácitamente por el revolucionario triunfante. Aunque las normas sean las mismas, por ejemplo, el mismo Código civil, su fundamento es otro, no ya la Constitución caída sino la voluntad del gobierno revolucionario. Hay un trasiego de normas del orden constitucional al de los decretos-leyes.

Aun en los casos en que el revolucionario pone en vigencia una Constitución, de ella sólo lleva el nombre porque no ha sido dado por un Poder Constituyente; en verdad es un decreto-ley con el contenido de las normas que integran la Constitución abatida. Por esta razón los preceptos denominados "constitucionales", durante el gobierno de-facto no tienen la jerarquía suprema que les reconoce la teoría de la pirámide jurídica y pueden ser abrogadas o derogadas por decreto-ley. He ahí la causa de la inconsistencia jurídica del régimen de los decretos-leyes.

**d) Segregación e independencia de una ex-colonia.** Muy de nuestro tiempo es la formación originaria del derecho por decisión de una metrópoli que voluntariamente se desvincula de su colonia o territorio dependiente, reconociéndole independencia y soberanía. Con el nuevo estado emerge un nuevo orden jurídico. Novísimos estados de América Central, África y Asia se fundaron así o el caso de Canadá.

---

<sup>37</sup> Expresión de H.L.A. Hart, *El Concepto del Derecho*, pág.191.

#### 4.2.3.3. NORMA FUNDAMENTAL DEL NUEVO DERECHO

La enumeración de los casos de instauración de un nuevo derecho nos persuade de que el revolucionario triunfante, el dirigente de una sociedad asentada en tierra de nadie, los que erigen una confederación de Estados y quienes asumen el gobierno de una nación recién independizada por su ex-metrópoli, son legisladores originarios; sus mandatos crean un nuevo orden jurídico. Su voluntad vale como derecho originario cuando es obedecida por la generalidad de la población del Estado. Y esa voluntad es eficiente como fuente originaria del derecho porque una norma fundamental le confiere el poder creador del derecho. Esta norma que es la regla básica de acuerdo con la cual tienen que ser dictadas todas las otras normas del orden jurídico, proclama a la colectividad que debe conducirse en la forma prescrita por la primera autoridad que ella unge<sup>38</sup>. Su escueta fórmula es: ¡Obedece al legislador originario!<sup>39</sup>.

Interpretar las prescripciones de dicha fuente originaria como normas obligatorias sólo es posible a condición de que la norma básica sea considerada válida<sup>40</sup>. Se trata de una norma no positiva, no "puesta" sino "supuesta"<sup>41</sup>. En virtud de ella cuando el primer legislador manifiesta como voluntad suya para reglar la vida social, tiene carácter jurídico, está compenetrado del sentido del deber ser<sup>42</sup>.

La atribución de tan excepcional facultad es cuestión de hecho. Luego del colapso del anterior derecho o no existiendo ninguno, quien encarna la voluntad jurídica del pueblo, traducida en la obediencia a sus mandatos, es un legislador originario<sup>43</sup>. Radbruch toma en este

---

<sup>38</sup> Esta facultad del legislador originario es delegable.

<sup>39</sup> Kelsen formula así la norma hipotética fundamental: "Debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las Instancias en que él hace delegación". El mismo autor usa esta otra expresión: "ha de valer como norma aquello que el primer órgano constituyente ha manifestado como voluntad suya". La Teoría Pura del Derecho (traducción de Jorge G. Tejerina), 2da, ed., Losada S..., Buenos Aires, 1946, pág. 98. La forma imperativa incluida en el texto: (obedece al Legislador originario! mucho más sintética, es de Garios Cossio, La Plenitud del Ordenamiento Jurídico, 2da. ed., Losada SA, Buenos Aires, 1947, Pág. 67, nota.

<sup>40</sup> Kelsen, Teoría General del Derecho, Pág. 137.

<sup>41</sup> Kelsen, Teoría Pura del Derecho (Traducción de la edición francesa). Pág.40.

<sup>42</sup> V. Kelsen, Teoría General del Derecho y del Estado, Págs. 135 a 136.

<sup>43</sup> "En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se

punto la voz de la Iglesia. Cuando Carlos Martell preguntó al Papa Zacarías: "¿Quién tiene el poder, debe ser rey?, El Papa lo afirmó con este fundamento: *ne conturbaretur ordo.*" (Para que no sea perturbado el orden)<sup>44</sup>.

Superlativa significación comporta la evidencia de que un nuevo derecho adviene con la fundación de un nuevo Estado —en los tratados confederativos y en las naciones independizadas— o en el seno de un Estado ya existente cuando su régimen jurídico ha sucumbido por efecto de una revolución. El derecho requiere y precisa del marco estatal para su formación. A esta altura de la historia, la ocupación originaria, desvinculada de la expansión de un Estado ya organizado, no es posible, y de serlo daría nacimiento a un derecho correlativo a una sociedad rudimentaria.

Si inquirimos por qué la voluntad del legislador originario genera un nuevo derecho, siguiendo a Radbruch encontramos que el orden y las garantías elementales —absolutamente necesarias para la vida en común dentro de la sociedad— justifican que la facultad para establecer el derecho corresponda a quien es capaz de hacerlo cumpliendo afirmando la paz en la colectividad. Es la seguridad, como valor jurídico, el fundamento axiológico del nuevo orden normativo y la razón del deber de obedecer a aquel que mediante su poder dominante, erradica la inseguridad proclive al caos<sup>45</sup>, acaba con las pugnas desbordadas y cuando se desatan, pone fin a la contienda bélica interna. El autor ya nombrado prevé el mal entendido que pudiera presentarse al interpretar su tesis y explica: "El derecho no vale o está vigente porque fue capaz de un cumplimiento efectivo, sino que vale en cuanto fue capaz de un cumplimiento efectivo, porque sólo entonces

---

dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Este es, entonces, considerado como orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario". Kelsen, *Teoría, Pura del Derecho* (traducción de la edición francesa), Págs. 140 a 141.

<sup>44</sup> Gustavo Radbruch, *Filosofía del Derecho*, Pág.109.

<sup>45</sup> "Desde el punto de vista de los dudados años, el imperio del derecho es la condición de seguridad y posibilidad de cálculo en los asuntos de la vida comunitaria. Desde el punto de vista de las autoridades, es una condición para el control del comportamiento de los ciudadanos a largo plazo —esto es, más allá del caso específico— inculcando en ellos pautas fijas de conducta". Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Pág. 274.

podrá garantizar la seguridad jurídica".

El axioma que dispone el acatamiento a la voluntad del legislador originario como constitutiva de un nuevo derecho, es llamado por Kelsen norma fundamental o básica.

Imprescindiblemente hay que reputar la existente, decíamos, aunque no se halle formulada en ninguna parte; no es posible otra aplicación para admitir que la revolución, la ocupación originaria, el tratado confederativo y el Estado naciente, puedan establecer por cuenta propia, de la nada, un orden jurídico pleno y sin relación de dependencia con otro anterior.

#### **4.2.3.4. PODER CONSTITUYENTE**

La potestad de creación del derecho que le otorga la norma básica o fundamental puede ser delegada por el legislador originario a otros órganos. Cuando lo hace una asamblea representativa del pueblo, surge el llamado "Poder Constituyente" que dota al país de una nueva Constitución positiva como sostén de otra pirámide jurídica: entonces se yergue un nuevo orden jurídico constitucional.

#### **4.2.4. FUENTES DE CONOCIMIENTO**

Para conocer el derecho positivo del presente o del pasado, tenemos que recurrir a los documentos en que están las normas jurídicas: códigos, gacetas, anuarios, anales, etc. Tratándose del derecho antiguo son fuentes de conocimiento las inscripciones en mármol, bronce, piedra, etc.; las leyendas en los edificios y monumentos que se han conservado; los relatos y preceptos escritos en papiros y libros que han podido salvarse de la destrucción; en fin todo aquello en que de un modo u otro ha quedado registrada la norma jurídica.

Cuanto permite conocer las normas jurídicas, incluso la expresión oral, predominante en los pueblos primitivos es fuente de conocimiento del derecho, sin embargo hay quienes afirman que las fuentes del conocimiento del derecho se encuentran en la ley, la jurisprudencia y la doctrina, debido a que nos permiten conocer el derecho.



## **LA COSTUMBRE – DERECHO CONSUETUDINARIO, FUENTES DEL DERECHO**

*Etimológicamente la palabra fuente proviene del latín “fontis”, ósea “manantial que brota de la tierra”, pero ya refiriéndonos a la fuente del derecho, diremos que desde tiempos antiguos y en los inicios de Roma, la única fuente general del Derecho era la costumbre que involucra extensamente a todas las reglas de obrar humano, costumbre que era transmitida a los descendientes. Según Cabanellas, “Fuente del Derecho”, es el principio, fundamento u origen de las normas jurídicas y, en especial, del Derecho positivo o vigente en determinado país y época. Por metáfora sencilla y repetida, pero expresiva y técnica, de las fuentes naturales o manantiales de agua, se entiende que el derecho brota de la costumbre, en primer término y de la ley, en los países del Derecho escrito, en la actualidad todos los civilizados.*

*Asimismo, Del Vechio dice que, la fuente primera e inagotable del Derecho es el espíritu humano. Desde sus orígenes, las comunidades humanas admiten reglas de convivencia que se traduce en las costumbres, modos de vida y en normas consuetudinarias, que dan origen al Derecho positivo, porque para legislar no se puede ignorar esas formas de vida; se da por entendido que se crean las leyes para regular la vida de las comunidades humanas en sociedad. Sin embargo, no toda repetición constante de ciertos actos constituye costumbres en sentido jurídico, es necesario que la repetición, sea absolutamente obligatoria, ósea que todos pueden exigirla y que no sea solo un arbitrio subjetivo, individual.*

*Siendo la costumbre un conjunto de cualidades inclinaciones y usos que forman el fondo del carácter de un país, siempre y a lo largo de los tiempos, se ha constituido en la fuente más importante del Derecho, sobre todo para la escuela histórica, como fuente de la regulación social, por ser única realidad que puede ser considerada científica. Clarificando la definición de costumbre, Ramírez Gronda nos dice en su diccionario jurídico. Costumbre jurídica es la “repetición constante de actos uniformes, que constituye una de las fuentes del Derecho (la más importante para la escuela Histórica).*

*A su vez el jurista Flores Polo afirma que costumbre es la “norma de Derecho cuyo valor jurídico reposa en la tradición y en su cumplimiento constante y uniforme a través del tiempo, con la misma fuerza de la ley, constituyendo también fuente del Derecho. En el Derecho comercial tiene mayor campo de aplicación el derecho emanado de la costumbre”.*

*De esta manera la costumbre, con las connotaciones anotadas, se ha constituido en un elemento generador de reglas de comportamiento cuyo cumplimiento obligatorio ha dado lugar a una práctica permanente de aquello que debería regir la convivencia de las sociedades primitivas.*

*Con el correr del tiempo la costumbre de su estado primario, si así se lo podría calificar, ha ido sufriendo cambios en cuanto a su interpretación, esto es, que de un aspecto general se ha llegado a diferenciar y a particularizar una determinada situación, esta vez ya referida a un aspecto concreto.*

*Luego de todo esto, se llegó a un momento en el que era preciso mantener inalterables esas disposiciones de uso cotidiano, y justamente con la aparición de la escritura se recopila en un sólo cuerpo para que pudiera ser utilizado en la cotidianidad de los pueblos, fue así que su modo de ser, conforme a sus particularidades fueron distinguiéndose unas de otras, llamándose luego Derecho Positivo, es decir el derecho vigente de un determinado tiempo y espacio.*

*Las sociedades, a fin de sistematizar normas de conducta, han tenido que sopesar básicamente, ciertos usos aceptados por la comunidad y tenidos como rectos y justos, de modo que no han tenido que inventar nada, ni echar mano de situaciones espontáneas.*

*La costumbre, hasta nuestros días, ha jugado un papel preponderante en la elaboración de normas jurídicas, de ahí que muchas definiciones de lo que es el Derecho, indican con gran acierto que es “un producto cultural”, es decir, producto de la elaboración de toda una comunidad, razón por la que los legisladores han tenido que consultar el modo de ser de los pueblos.*

*Históricamente la costumbre fue la primera fuente del Derecho, la cual reglaba relaciones en el periodo de establecimiento del Estado.*

## **TEMA No. 5**

### **PRINCIPIOS Y FINES DEL DERECHO**

#### **5.1. INTRODUCCIÓN E IMPORTANCIA**

De inicio hay que dejar claramente establecido que el principio constituye el origen de donde nace o germina algo, en el caso específico es el primer instante de la existencia de la vida, el ser, la razón o el fundamento que causa la existencia del sistema jurídico.

#### **5.2.- PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO**

Los principios generales del derecho son las motivaciones que determinan el modo de ser del sistema jurídico precisando su contenido. Sin embargo, para algunos autores su fuente se encuentra en la ideología sustentada por las diversas corrientes y teorías jurídicas, entre las cuales se encuentran los: jusnaturalistas, sociólogos, historicistas, positivistas, marxistas entre otros que motivados por su sustento ideológico tienen un punto de vista sobre los principios generales del derecho. Así mismo existen doctrinarios que sostienen que los principios generales del derecho son los enunciados normativos, por su parte García Máynez y Norberto

Bobbio analizan los principios desde una perspectiva instrumental para quienes los principios generales del derecho se emplean con fines interpretativos y orientación<sup>46</sup>.

### **5.3.- FINES DEL DERECHO**

Los comportamientos humanos responden a una decisión orientada a la obtención de un objetivo por el cual los hombres se ponen en movimiento a fin de buscar y utilizar los medios que les permitan alcanzar, estos fines jurídicos intentan y pueden satisfacer las aspiraciones del grupo social si se verifican en el plano de la realidad; contribuyen a ser viable en la búsqueda y promoción de una sociedad más justa, permitiendo afianzarse en valores que persigue la sociedad.

En ese contexto, el derecho como toda rama del conocimiento parte de un principio o motivación que orienta alcanzar determinados fines, expresados en valores o cualidades para el beneficio del hombre, la sociedad y el Estado, que ameritan un estudio entre los cuales podemos mencionar:

#### **5.3.1. EL ORDEN**

El orden como uno de los fines del derecho se constituye en una aspiración destinada a regular el desenvolvimiento de las relaciones sociales ajustadas al derecho por medio de una serie de disposiciones legales, que evitan el desorden y los desarreglos dentro de la sociedad y el estado. Sin embargo, en el propósito de buscar el orden a veces se encuentra desorden, motivado por factores económicos, políticos, sociales, jurídicos, etc. Surgido de las necesidades de las clases sociales o las posiciones asimétricas en las que se encuentran, recordemos el famoso D.S. 21060 impuso orden en el nivel económico al extremo de parar la hiperinflación, pero paralelamente ha generado desorden provocando un costo social que hasta la fecha no ha sido resuelto, por el contrario muchas de las marchas, movilizaciones, etc.

---

<sup>46</sup> García Máñez Eduardo, " Filosofía del Derecho", 4ª .Edición, Editorial Porrúa, México 1983, Pág. 313.

responden a la herencia de esa normativa a pesar de estar abrogada.

Si bien la finalidad del derecho se traduce en la conservación de la vida, la salud, la seguridad personal, la libertad, el tránsito, la inviolabilidad del domicilio, el derecho al nombre, etc., que se constituyen en una aspiración de comportarse correctamente y legalmente, sin dañar a los demás. Sin embargo, en sociedades donde existen diferencias asimétricas entre las clases sociales el orden se pone en duda, debido a que los conflictos se generan permanentemente entre los sectores antagónicos ejemplo: La clase propietaria de los medios de producción defienden su posición dominante en la estructura económica; por otra parte los que detentan el poder económico jurídico y social pueden obtener ventajas ilegales del Estado; así mismo los vecinos que no cuentan con una casa, se apoderan de algunos terrenos que se encuentran abandonados.

Estos ejemplos demuestran que si bien el derecho, a través de las normas busca el orden y a su vez puede causar desorden, en ese marco el Estado conjuntamente los ciudadanos pueden intervenir mejorando la normatividad e implementando administración eficaz en el control de los procedimientos apegados a principios de la legalidad graduando las sanciones en relación a la magnitud de los hechos jurídicos producidos, para este cometido será necesario generar conciencia social y jurídica sobre la importancia del orden en el restablecimiento efectivo de los derechos fundamentales, humanos y las garantías constitucionales

### **5.3.2. LA PAZ SOCIAL**

El hombre a lo largo de su vida manifiesta su compromiso de buscar la paz entendida como la tranquilidad de ánimo y espíritu, a través de la relación de valores positivos, alejándose de los conflictos que podrían evitar “vivir” en un mundo violento, estableciendo todos los esfuerzos por lograr una correspondencia de respeto mutuo entre los unos y los otros como una forma de perfección plena de la

convivencia social expedido hacia su propia perfección plenaria<sup>47</sup>.

En ese sentido la paz social constituye un valor del cual los hombres se han ocupado en todos los tiempos, constituyéndose en un problema latente hasta la actualidad; sin embargo algunos autores sostienen que la paz social se da cuando las clases sociales discurren sin conflicto, apreciación que fue rebatida por las corriente marxista definiéndolo como ideal, en la medida que la realidad nos demuestra que estamos divididos en grupos y clases sociales con intereses antagónicos o desiguales, diferenciados por las condiciones sociales, culturales, económicas, políticas, y de otra índole, lo que no permite lograr la ansiada paz social.

En este contexto existen autores que consideran que la paz social es un valor ideal y otros postulan que la paz social es un fin del derecho destinado a reducir la conflictualidad a través de los mecanismos jurídicos que equilibren las relaciones armónicas de convivencia con el propósito de ejercitar los derechos subjetivos y evitar las agresiones a los derechos constitucionales y humanos, en un marco de tranquilidad y convivencia de respeto a los derechos.

En consecuencia, el Estado tiene la función de imponer normas jurídicas y mandar a cumplirlas bajo alternativa de imponer las sanciones dispuestas por la propia normatividad, con esa finalidad es creado un órgano especializado denominado poder Judicial (en Bolivia se denomina órgano judicial), que según Montesquieu, desde la Revolución Francesa, goza de independencia en la conducción de los procedimientos y en la emisión de sus decisiones. El poder Judicial (en Bolivia se denomina órgano judicial) se ha convertido, así, en el órgano estatal encargado del control del cumplimiento de la legalidad no sólo por los particulares y sus grupos entre sí, o los particulares con el propio Estado, en este contexto el poder ejecutivo no sólo tiene la facultad de ejecutar y velar por el respeto a los derechos, obligaciones y garantías constitucionales.

---

<sup>47</sup> García Toma Víctor "introducción a las ciencias jurídicas" Ed. Jurista Pág.181-182.

Por lo tanto, el derecho es un medio que sirve para restablecer la paz social entre las personas y de estas con las instituciones y el propio Estado, evitando la autodefensa, debido a que este es un atributo específico del Estado y sus instituciones en el marco del respeto al sistema jurídico, ejemplo: La huelga es un medio de defensa laboral que puede ser ejercido por los trabajadores cuando los empleadores o el Estado desconocen sus derechos, o, más allá, cuando en defensa de sus intereses plantean una mejora de sus remuneraciones, de sus condiciones de trabajo o de su vida personal y familiar, lo que implica una mayor distribución a su favor del valor creado por ellos, o simplemente, la recuperación de una parte del valor real de su fuerza de trabajo. La huelga se cumple principalmente mediante la abstención de la prestación del trabajo, sin que el vínculo laboral se rompa por ello, sin embargo para este cometido existen normas que regulan, lo cual ha motivado divergencia no sólo de apreciación jurídica, sino también política.

En este contexto, no se podría decir que la paz social se logre totalmente, debido a que la conflictualidad en las relaciones sociales es permanente. Sin embargo, hay ciertas situaciones que contribuyen a exacerbarla. Ello ocurre cuando los propietarios de los medios de producción acentúan su poder y tratan de aumentar la cantidad de plusvalía extraída de los obreros de manera directa o con el apoyo de medidas estatales; o cuando los trabajadores y otras clases sociales dependientes deciden contestar al ordenamiento jurídico que les desfavorece o cuando protestan por violaciones a la legalidad o en su contra; o cuando el Estado incumple la legalidad o no la aplica.

Finalmente, las contradicciones de la estructura económica y la superestructura jurídica es una de las fuentes de problemas que marcan legalidad e ilegalidades afectando interés y provocando la protesta de los grupos, movimientos sociales y otras organizaciones que rompen con la aspiración de buscar la paz social, limitándose a desbordes en acciones como los del 12 y 13 de febrero denominado “febrero negro”, entonces surge la necesidad de un cambio en la concepción de un sistema jurídico más justo y equilibrado.

### **5.3.3. LA SEGURIDAD JURÍDICA**

La seguridad jurídica es la garantía que ofrece el derecho para la vida en sociedad, permite el desenvolvimiento normal de los miembros de ésta. Es la garantía dada al individuo de que su persona, bienes y facultades legales no serán objeto de ataque o violación, y de que si le fueren, le serán aseguradas, por el Estado, protección, reparación y resarcimiento. En tal sentido la seguridad jurídica exige el respeto de la legalidad y su fundamentación inmediata.<sup>48</sup>

La base material de la seguridad jurídica se encuentra en la función de vigilar y aplicar el derecho por parte de los órganos del Estado, logrando una correcta administración de justicia e imponiendo las sanciones de conformidad a las normas previstas, llegando e inclusive en la imposición efectiva de normas sancionadoras recurriendo si es necesario a la fuerza, con lo cual se asegura la subsistencia y reproducción de las relaciones sociales tal como éstas se hallan reflejadas y precisadas por las normas legales.

La seguridad es, además de una aspiración, una condición de la existencia de un sistema jurídico determinado que lo forma. Así, por ejemplo, la subsistencia de la propiedad privada de los medios de producción se encuentra asegurada y consiguientemente garantizadas por el sistema jurídico que lo reconoce y rige por la acción del Estado que interviene con sus decisiones y límites e inclusive aplicando la fuerza, cuando se resiste o se desacata lo dispuesto por la norma jurídica; con fines de ilustración cabe recordar que la burguesía en la Revolución Francesa de 1789 le dio un valor fundamental al rol del Estado; la declaración de los derechos de hombre y del ciudadano de año 1793 se ha instaurado con la finalidad de garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles<sup>49</sup>.

Al respecto Carlos Marx se ha manifestado en el sentido de que “ La seguridad jurídica es el supremo concepto social de la sociedad

---

<sup>48</sup> García Toma Víctor “Introducción a las ciencias jurídicas” Ed. Jurista Pág.166.

<sup>49</sup> Rendón Vásquez, Jorge, El derecho como norma y como Relación Social, Pág., 14-15.



burguesa”<sup>50</sup>, debido a que es una forma de garantizar la propiedad privada; de la misma manera se ha creado instituciones como la policía, con la finalidad de asegurar y garantizar a cada uno de sus miembros la conservación de su integridad física y personal, respetando sus derechos, su propiedad y otros. D de la misma manera, Hegel, dijo que en la sociedad burguesa el concepto de seguridad es el aseguramiento del egoísmo.

Por todo lo expuesto, se evidencia que la seguridad jurídica no sólo es una aspiración sino una verdadera necesidad para garantizar una convivencia humana, digna y de respeto al derecho y por ende a los derechos humanos.

### **5.3.3.1. NOCIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA**

**a) Noción objetiva (seguridad del derecho).** indica el desenvolvimiento del derecho dentro de un marco de estabilidad, generalidad y claridad normativa. La seguridad jurídica, en su sentido objetivo, se encuentra condicionada por tres requisitos<sup>51</sup>:

**1) Presencia de un derecho vigente**, valido, eficaz y positivo, que se encuentra establecido en normas expedidas mediante procedimientos idóneos y de cumplimiento efectivo.

**2) Existencia de normas con redacción** límpia sencilla y transparente, que no se encuentren sujetas a juicios de valor por parte del juez,

**3) Evitamiento de condiciones que expongan a la legislación** a circunstancias incidentales. Debe procurarse dotar, a las normas, de vigencia inter determinada en el tiempo.

---

<sup>50</sup> Marx, Carlos, Sobre la Cuestión Judía en la Sagrada Familia, México Grijalbo, 1967, Pág. 33.

<sup>51</sup> García Toma Víctor “Introducción a las ciencias jurídicas” Ed. Jurista pag.166.

**b) Noción subjetiva (seguridad por medio del derecho).**

Alude al conjunto de organismos y a la pléyade de funcionarios públicos que, con su eficiencia, eficacia, moralidad y legalidad, generan una suerte de íntima confianza en la certeza de su protección y reparación a favor de las personas en un espacio y tiempo determinados.

**5.3.3.2. LA BASE DE SUSTENTACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA**

El Estado tiene la ineludible obligación de asegurar la vigencia del sistema jurídico por intermedio de este la seguridad jurídica, creando instituciones y órganos sistémicos y jerárquicamente vinculados, compuestos por personas investidas con ciertas funciones y obligadas a cumplir ciertas normas legales en estricta obediencia a las órdenes que les son impartidas por las autoridades y órganos estatales con poder jerárquico, sea este político y administrativo.

Los órganos del plano político se encuentran ubicados en la cúspide de la pirámide administrativa que constituye la organización estatal, es decir en el nivel jerárquico está a cargo del control del Estado, conformado por él: Presidente del Estado Plurinacional, Ministros, Vice Ministros, Directores, y otros funcionarios del órgano Ejecutivo, quienes por mandato de la ley tienen atribuciones y obligaciones que implican poder de decisión, constituyéndose en el origen de donde nace la orientación de la forma política del aparato estatal traducido en políticas, planes y objetivos, las mismas que cuentan con un conjunto de normas jurídicas expedidas por el Órgano Ejecutivo.

Esa orientación es una resultante de los intereses personales o de grupo situadas en un determinado plano impregnada de una posición ideológica, consecuentemente las decisiones impartidas, manifiestan actos y órdenes para la ejecución con estricta vigilancia del pensamiento ideológico, amparados en el sistema jurídico.

El plano administrativo se encuentra bajo el plano político, cuyas decisiones es ejecutado por los órganos que lo conforman, mediante

dos órdenes que se denomina técnico – administrativo y los que se constituyen por la fuerza pública, expresados de la siguiente manera:

- a) **En el nivel técnico - administrativo** se procesa el control de la legalidad, y se toman las decisiones para imponerla o restablecerla. Está formado por el cuerpo del órgano Ejecutivo o administración pública, razón por la cual se le denomina también poder administrador.
- b) **La función de la administración pública** es ejecutar las leyes y las decisiones de política tomadas por los responsables del Órgano Ejecutivo.
- c) **El Órgano Judicial** se ocupa de resolver los litigios o conflictos jurídicos, aplicando las normas legales y dictando sentencias u otras resoluciones de carácter obligatorio. **Los integrantes de los órganos técnico-administrativos** realizan una labor profesional; son trabajadores remunerados dependientes, con el estatuto laboral de los servidores o agentes públicos.
- d) **La fuerza pública es el conjunto de cuerpos** que porta armas y tiene la función de aplicar o restaurar la legalidad usando la fuerza cuando los obligados a acatarla se niegan a hacerlo voluntariamente. Se podría decir, por ello, que la fuerza pública es el soporte material de la coercibilidad.

### **5.3.3.3. PRINCIPIOS DERIVADOS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA**

La seguridad jurídica es la garantía que nos otorga el sistema jurídico y que su fundamento se orienta por varios principios que sustenta el ordenamiento jurídico consistente en la aplicación obligatoria de la normatividad a partir de la vigencia de las normas entre las cuales se encuentran:

#### **5.3.3.3.1. VIGENCIA DE LAS NORMAS**

Por seguridad jurídica, para la aplicación de todas las normas del sistema jurídico, se establece el principio de la publicación obligatoria, toda vez que a partir de ese momento las normas tienen plena vigencia y exigen estricto cumplimiento, y que nadie puede aducir su ignorancia, para este cometido el Estado ha establecido la

gaceta oficial de Bolivia, órgano por donde se publican las disposiciones legales.

La obligatoriedad absoluta de la ley y de otras normas inferiores debe seguir la misma regla, excluyéndose toda pretensión de eximirse de su cumplimiento o alegando desconocimiento. No existiría seguridad jurídica si la aplicación de las normas no estuviera condicionada al conocimiento por parte de los miembros de la sociedad.

En la Constitución del Estado Plurinacional en el art. 164 I. al respecto dice: “I. La ley promulgada será publicada en la Gaceta Oficial de manera inmediata.

II. La ley será de cumplimiento obligatorio desde el día de su publicación, salvo que en ella se establezca un plazo diferente para su entrada en vigencia”.

#### **5.3.3.3.2. LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS**

Como un principio correlativo del anterior, el sistema jurídico tiene una regla por la cual las normas son irretroactivas, es decir que no pueden aplicarse a actos o situaciones que se produjeron antes de la fecha de su vigencia bajo el imperio de otras disposiciones legales. Así por ejemplo, si se obtuvo la nacionalidad Boliviana por una norma, otra posterior no podría desconocerla; si se ha pagado impuestos sobre un bien inmueble sujetándose a una forma determinada, otra disposición no podría dejar sin efecto, porque de ocurrir este hecho daría lugar a la inseguridad jurídica, en consecuencia si todas las leyes fueran retroactivas, no habría seguridad jurídica en la validez de las relaciones sociales; debido a que lo que hoy es legal, mañana sería declarado ilegal, este hecho acarrearía efectos nefastos con serios resultados.

Sin embargo, la irretroactividad de las normas jurídicas de manera excepcional reconocen su retroactividad en ciertos casos en los que se ha concebido beneficiar, es el caso de los trabajadores y los reos, aplicando lo más favorable para las personas afectadas o beneficiadas.

En la Constitución Política del Estado Plurinacional en el Artículo 123. ***“La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución”.***

#### **5.3.3.3.3. LA RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS**

Las normas tienen un carácter irretroactivo destinado a regular el presente y el futuro, sin embargo de manera excepcional en ciertos casos por disposición de la propia ley pueden ser retroactivas.

En la Constitución Política del Estado Plurinacional en el Artículo 123. ***“La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución”.***

#### **5.3.3.3.4. LA ULTRACTIVIDAD DE LAS NORMAS**

La norma tiene efecto ultractivo, cuando la ley después de haber sido abrogada y derogada continua su supervivencia por mandato de la propia ley que limita su aplicación a los hechos jurídicos relacionados como emergente de la publicación de una modificada o una nueva ley, este principio de la seguridad jurídica tiene utilidad y beneficio común y de justicia, debido a que el legislado prolonga ciertos límites dados por la normativa legal.

*En la Constitución Política del Estado Plurinacional,  
DISPOSICIONES TRANSITORIAS*

*Primera. I. El Congreso de la República en el plazo de 60 días sancionará un nuevo régimen electoral para la elección de la Asamblea Legislativa Plurinacional y Presidente y Vicepresidente de la República, la elección tendrá lugar el día 6 de diciembre de 2009.*

*II. Los mandatos anteriores a la vigencia de esta constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos periodos de funciones.*

### **5.3.3.3.5. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS**

Un efecto del principio de irretroactividad de las leyes es el de los derechos adquiridos, por el cual una persona puede continuar en el goce de un derecho exigible como una prestación determinada a cargo de otro, en virtud de una disposición legal, no obstante que ésta sea derogada o modificada en un sentido desfavorable a quienes esa disposición reconocía hasta ese momento como titulares del derecho.

Así, por ejemplo, si una persona alcanzó una pensión al cumplir una determinada edad, una norma que aumentase la edad para gozarla no podría afectarlo; si una persona percibe una remuneración de cierto monto no podrá sufrir una reducción de la misma en virtud de una norma nueva.

Los derechos adquiridos deben ser diferenciados de los derechos expectaticios que son aquellos que se espera alcanzar bajo una norma determinada si se cumple la condición o el hecho indicado por ella, para el surgimiento del derecho. Parece obvio que si una nueva norma impone otra condición u otro hecho, por difícil o fácil que sea lograrlo, al no haberse adquirido aún el derecho, será necesario sujetarse a la nueva condición o al nuevo hecho para obtenerlo por el precepto de la obligatoriedad inmediata de la ley a partir de su fecha de vigencia.

*En la Constitución Política del Estado Plurinacional Artículo 106.  
I. El Estado garantiza el derecho a la comunicación y el derecho a la información.*

*II. El Estado garantiza a las bolivianas y los bolivianos el derecho a la libertad de expresión, de opinión y de información, a la rectificación y a la réplica, y el derecho a emitir libremente las ideas por cualquier medio de difusión, sin censura previa.*

*III. El Estado garantiza a las trabajadoras y los trabajadores de la prensa, la libertad de expresión, el derecho a la comunicación y a la información.*

*IV. Se reconoce la cláusula de conciencia de los trabajadores de la información.*

### **5.3.3.3.6.- LA COSA JUZGADA**

La seguridad como valor se plasma también en el principio de la cosa juzgada, la *res judicata* de los romanos, por el cual una decisión de los jueces en un litigio que queda ejecutoriada no puede ser dejada sin efecto por otra posterior de los mismos jueces, de otros, o de las autoridades administrativas. Se dice entonces que las sentencias u otras decisiones menores han pasado en autoridad de cosa juzgada y son inmovibles.

Una variante del principio de la cosa juzgada es la imposibilidad del juez de alterar los decretos, autos y sentencias después de haber sido formalmente expedidos, incluso si no han sido aún notificados a las partes, salvo cuando se interpone, en el procedimiento civil y en los procedimientos de trabajo, el recurso de aclaración para corregir cualquier error material o numérico, aclarar algún concepto oscuro y suplir cualquier omisión en que la sentencia haya incurrido acerca de los puntos demandados, caso en el cual el juez hace la corrección sin más trámite y notifica la resolución al día siguiente de la petición

Domingo García Rada señala que "La eficacia de la Cosa Juzgada viene en tres notas propias:

- 1) Es inimpugnable,
- 2) Inmutable y
- 3) Coercible.

Lo primero, porque la ley impide todo ataque ulterior contra la sentencia que tiene esta condición. Si se pretende hacerlo, la acción se paraliza interponiendo la excepción de Cosa Juzgada. Es inmutable, porque ninguna autoridad, por ningún concepto ni motivo, puede modificarla; en materia civil las partes del proceso -ganador o perdedor- de común acuerdo pueden modificarla; pero en materia penal no, excepto en cuanto a la reparación civil en que el beneficiado con ella puede no hacerla efectiva renunciando a su cobro. Toda sentencia es coercible, es decir se puede requerir a la autoridad para su cumplimiento. Con una diferencia en materia penal, la coerción funciona de oficio; en lo civil el ganador tiene que pedir se ejecute la sentencia.

Sin embargo, el principio de la cosa juzgada reconoce una excepción en el procedimiento penal: es la posibilidad de revisar las sentencias definitivas cuando hay hechos nuevos o hechos que no fueron considerados en el proceso en el que se dictó la sentencia condenatoria, o hubo sentencia contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada.

La revisión del proceso se funda en la necesidad de establecer exactamente la relación de la sanción con el hecho previsto por la norma para aplicarla, y evitar la prosecución de una ilegalidad agravante de la libertad, la vida o la inocencia de una persona. Por eso, se da sólo en el proceso penal.

#### **5.3.3.3.7. LA PRESCRIPCIÓN**

Consiste en la adquisición de un derecho por el paso del tiempo. Puede dar lugar a la obtención de la propiedad de un bien si quien lo posee tuvo intención de apropiarse de él careciendo de derecho o siendo su derecho insuficiente, en cuyo caso se denomina prescripción adquisitiva; y puede significar la liberación de una obligación, caso en el cual se denomina prescripción extintiva. En esta última situación, el efecto estriba en el rechazo válido de la acción de cobro que interponga el acreedor ante la justicia, aunque si el deudor paga voluntariamente carece del derecho de repetir lo que pagó, es decir, de obtener la devolución de lo que hubiera dado cumpliendo la obligación. A las



obligaciones prescritas se les denomina obligaciones naturales.

Con la prescripción, en los dos aspectos señalados, se busca atribuir finalmente un derecho en forma cierta a una determinada persona, sancionando a quienes fueron sus titulares con su pérdida, por su negligencia en reclamarlo o hacerlo valer, y darles seguridad a los terceros que podrían tener interés en contratar sobre ese derecho.

## **5.4. LA JUSTICIA**

El concepto de justicia como aspiración siempre ha sido uno sólo y ha mantenido su esencia a través de la historia humana, con la aparición del derecho escrito y la vigencia de códigos; esa justicia ha sido aplicada en respuesta a las diferentes épocas respondiendo a los intereses económicos, políticos, sociales, imperantes en el tiempo y el espacio, de ahí que la justicia se ha definido siempre como algo equivalente a la igualdad, a la armonía, incluso Pitágoras desde el punto de vista matemático decía que: “la justicia se comparaba con un axioma matemático de igualdad, de exactitud...” y platón a su vez comparaba la justicia con lo bello. Y es que la humanidad, hasta los tiempos actuales valiéndose del derecho a tratado siempre de obtener esta ansiada justicia que es la máxima aspiración del derecho; pero pese a las reformas, pese a la evolución del derecho; este no ha llegado a obtener la verdadera justicia, ningún derecho ningún cuerpo de ley escrita es perfecta un ejemplo claro fue la legalización del esclavismo con el fundamento de que los más capaces e inteligentes habían nacido para gobernar y dirigir y los demás para trabajar, para servir a los mejor dotados siendo un derecho injusto, estaba legalizado<sup>52</sup>.

### **5.4.1. CARACTERÍSTICAS DE LA JUSTICIA**

Como anteriormente se ha manifestado que el término justicia ha generado una serie de apreciaciones sustentadas no solamente en la visión ideológica, sino en el concepto lógico o ideal que se fue construyendo a lo largo del desarrollo histórico social, olvidando

---

<sup>52</sup>Aparicio Antezana Walter “Introducción al estudio del derecho” editorial serrano pág. 30.

que la justicia es una virtud que tenemos los seres humanos para distinguir entre un acto justo e injusto razón por la que una gran parte de los teóricos del derecho consideran que el valor supremo del derecho es la justicia concebida como virtud suprema y ordenadora de los demás equivalente a la voluntad constante y permanente del hombre por reconocer y otorgar una conjunción de deberes morales, sociales, jurídicos que aparecen como una demostración palpable de la rectitud de los humanos ligados a establecer el comportamiento justo e injusto, correcto e incorrecto, por estas y otras consideraciones el profesor Víctor García Toma considera tres características de la justicia, que mencionamos:

1. Es un valor o medida a la que deben ajustarse los actos humanos.
2. Es consustancial con la alteridad, es decir, lo ejecutado por uno se dirige hacia otro.
3. Es una exigencia permanente de dar a cada uno lo suyo, es decir, lo que le corresponde de conformidad con el principio de tratar en forma igual los casos iguales y en forma desigual los desiguales<sup>53</sup>.

#### **5.4.2. FORMAS DE EXPRESIÓN DE LA JUSTICIA**

El valor justicia se expresa formalmente de cinco maneras:

1. **Como expresión de legalidad.** Lo justo- legal se refiere a la aplicación de la ley al caso concreto, eso es, justicia legal. Implica la genérica adecuación de los comportamientos humanos en torno a una disposición legal.
2. **Como expresión de igualdad.** Lo justo- igual implica trato semejante en situaciones comunes.
3. **Como expresión de razonabilidad.** Lo justo implica mantener justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos.
4. **Como expresión de proporcionalidad.** La justicia implica

---

<sup>53</sup> García Toma Víctor "introducción a las ciencias jurídicas" Ed. Jurista pag.175.

mensurar la calidad o cantidad de los elementos jurídicos relevantes de manera comparativa a efectos que no se produzca una desproporción de significación, cuantía o volumen.

5. **Como expresión de orden social.** La justicia social trata de alcanzar una distribución más equitativa de los bienes y rentas. Busca lograr una regulación más razonable entre el capital y el trabajo y generar condiciones de vida compatibles con la dignidad humana<sup>54</sup>.

### 5.4.3. LA JUSTIFICACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO Y LA JUSTICIA

El derecho tiene como finalidad buscar el valor supremo denominado justicia, este valor ha generado una serie de posiciones teóricas, ideológicas y doctrinales, al extremo que para algunos autores es un concepto difuso, para otros inconsistente; sin embargo, para una gran parte de los tratadistas del derecho la justicia ha sido considerada como un concepto lógico vinculada a la relación de igualdad, proporcionalidad y armonía, la misma que debe ser alcanzada en el ejercicio de la razón, de la misma manera otro sector ha considerado que la justicia es un valor ideal donde se da una permanente aspiración humana hacia el reconocimiento pleno de la persona; que revela determinadas metas u objetivos que le ofrece como modelo y guía para la acción, dentro de este ámbito nos permitimos mencionar las siguientes definiciones:

**Monique y Roland Weil.** “El derecho es un instrumento de la compulsión en la medida en que le confiere autoridad ideológica, o le suministra una cubierta de aparente legitimidad. Pero sólo le confiere está cubierta si él se beneficia de una suficiente credibilidad de ser justo, o por lo menos de no ser arbitrario”<sup>55</sup>.

**Gustav Radbruch.**- “La justicia es un valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza, la médula de la justicia es la idea de igualdad”.

**Aristóteles.**- “Distingue dos clases de justicia, en cada una de las cuales se plasma bajo una forma distinta el postulado de la igualdad:

- a) **La justicia conmutativa.**- Representa la igualdad absoluta entre una prestación y una contraprestación, por ejemplo, entre la

---

<sup>54</sup> García Toma Víctor “introducción a las ciencias jurídicas” Ed. Jurista pag.176.

<sup>55</sup> Revolution el perspective du droit, Paris, 1974, pág. 152,154.

mercancía y el precio, entre el daño y la reparación, entre la culpa y la pena.

- b) La justicia distributiva.-** Preconiza la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas; por ejemplo, el reparto entre ellas de los tributos fiscales con arreglo a su capacidad de tributación, su promoción a tono con su antigüedad en el servicio y con sus métodos".

Sin embargo es necesario distinguir la, "La justicia como virtud, es decir, como cualidad personal (como cualidad, por ejemplo del juez justo) la justicia subjetiva, y la justicia como propiedad de una relación entre personas (la cualidad por ejemplo del precio justo) la justicia objetiva".

**Giorgio del Vecchio.** "La justicia se manifiesta como alteridad o bilateralidad, paridad y reciprocidad. "De esta formulación se indica que el obrar de cada uno sólo se considera en cuanto se encuentra o interfiere objetivamente con el obrar ajeno".

**Werner Goldschmidt.** "La justicia es el conjunto de los criterios que determinan el reparto y que, por consiguiente, se refieren al contenido del reparto (el reparto a secas), los sujetos activos y pasivos del reparto (repartidores y beneficiarios), a los objetos repartibles y a la forma del reparto."En suma, la justicia es una aspiración a la defensa de la libertad y los atributos que le son correlativos según el racionalismo: la propiedad y la libertad de contratación, a través de los cuales deben realizarse el intercambio y el reparto de los bienes.

**Santo Tomás de Aquino.-** "La justicia es el hábito según el cual, uno constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho". Esta definición es casi la misma de Aristóteles, quien dice que «la justicia es el hábito por el cual uno obra según la elección de lo justo». Por tal razón cuando a alguien se le priva de algún bien, que según el ordenamiento legal le pertenece, el órgano del Estado encargado de resolver este conflicto, denominado por ello Poder Judicial, dispone la restitución, o, si ello no es posible, el pago de un valor equivalente a juicio del magistrado interviniente, y el castigo del infractor, es decir, "administra o hace justicia"

Pero la idea de justicia en las conmutaciones o intercambios de bienes, para lo que fue elaborada en la Grecia y la Roma antiguas, se torna irrealizable en una economía total de mercado, pues no hay forma de establecer una equivalencia "justa" entre los bienes que compran y venden, y el precio que se paga por ellos, al subir o bajar éste según la menor o mayor oferta de aquellos, bienes entre los que se encuentra la propia fuerza de trabajo. La menor oferta de bienes conduce a expoliar a los consumidores, y, a la inversa, la mayor oferta al hacer bajar el precio puede conducir a la ruina a los productores. Y esta es la situación normal de la economía basada en el intercambio mercantil, y más específicamente de la economía capitalista, una de cuyas bases es la libertad de comprar y vender, asegurada jurídicamente por la libertad de contratación que, debe suponerse, se halla inspirada en la justicia. Por supuesto, el concepto de justicia conmutativa fracasa absolutamente ante la inequidad sustancial del precio de la fuerza de trabajo o remuneración con el producto por ella creado.

La idea de justicia distributiva es, por su lado, también sólo la aplicación de la ley, cuyo marco es el sistema económico dentro del cual ella se da, sin que haya existido ni exista en las sociedades esclavista, feudal y capitalista la tendencia en quienes ocupan una posición dominante a variar su status a favor de los otros grupos. En efecto, el gasto público sigue siendo solventado con una parte del producto creado por los trabajadores, los servicios públicos continúan divididos en servicios necesarios para toda la colectividad y en servicios necesarios sólo para la seguridad del sistema económico y, finalmente, las políticas denominadas de redistribución del ingreso económico, ensayadas en algunos países capitalistas, no han reducido el poder económico de los propietarios de los medios de producción, y particularmente el de los más fuertes, ni han significado una disminución del monto del excedente con el cual éstos se quedan, como está demostrado estadísticamente.

La fórmula pitagórica de la justicia conduce a una conclusión semejante. La justicia que es, según ella, la igualdad entre los iguales,

en el ámbito del intercambio consiste en la igualdad entre valores cambiados, pero en el campo de la organización social lleva a conjeturar que no pueden ser iguales quienes pertenecen a categorías distintas. ¿Cuál es el criterio para agrupar a las personas por categorías? Podría estar dado por la propia legalidad. Si la norma jurídica indica esas categorías llegaríamos a la misma situación que hemos visto anteriormente: la justicia sería sólo la ejecución de la legalidad que, en este caso, significaría aplicar a cada categoría de personas las normas a ellas pertinentes y no las de otras categorías. Pero el recaer en la legalidad nos traslada a la voluntad del órgano legislativo. En definitiva, será este quien fije el criterio de diferenciación de las categorías sociales y las normas aplicables a cada una de ellas. Pero ¿lo hace realmente u obedece a las necesidades de la estructura y de la clase social a la cual él pertenece?

En ambos casos, el ideal de justicia queda confinado así a la decisión, intereses materiales y conexiones económicas, sociales y políticas de quienes detentan el poder del Estado; es, en otros términos, una función de la clase social o de las clases sociales dominantes económica y políticamente para imponerse a las demás, y no el resultado de una reacción personal independiente de quienes tienen la facultad de dar las normas.

#### **5.4.4. LA LLAMADA JUSTICIA SOCIAL**

El concepto de justicia social, al que se ha querido atribuirle como significado la inclinación a darles a los trabajadores y a las familias menos pudientes económicamente las mejoras necesarias para llevarlos al bienestar, no es autónomo del concepto de justicia precedentemente expuesto, porque está condicionado a la aceptación de la estructura económica, es decir, porque implica también darle a cada cual lo suyo<sup>56</sup>.

Se ha tratado de encontrar en la elaboración doctrinaria de Santo Tomás de Aquino la idea de justicia social. Pero es del todo evidente

---

<sup>56</sup> Rendón Vásquez, Jorge, El derecho como norma y como Relación Social, Pág., 187.

que él no la formuló, pues no la menciona en la división que hace de la justicia en justicia legal y justicia particular, a la cual divide, a su vez, en justicia conmutativa y justicia distributiva.

En la Encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XIII, expedida en mayo de 1891, tampoco se alude a la justicia social sino sólo a la justicia distributiva.

Según los comentaristas y traductores autorizados de la *Suma Teológica* de Santo Tomás, la expresión justicia social "aparece por primera vez usada por La Tour du Pin, en 1887, y por los sillonistas, con la oposición de otros autores católicos, como Antonie, que temían con ello una infiltración de las ideas socialistas (...) Oficialmente comienza a introducirse en cartas sociales del cardenal Gasparri (1922, 1928)"<sup>57</sup>.

En la Encíclica *Cuadragésimo Anno*, de Pío XI, dada en mayo de 1931, se menciona a la justicia social en varias partes, entre ellas la 58, que dice: "Dese pues, a cada cual la parte de bienes que le corresponde; y hágase que la distribución de los bienes creados vuelva a conformarse con las normas del bien común o de la justicia social".

En los medios católicos doctrinarios se ha debatido intensamente sobre la significación a darle "a la expresión justicia social. Para unos es sinónimo de justicia en general, para otros expresa las tres clases de justicia a las que se refería Santo Tomás "ya que toda justicia por naturaleza es social", para otros se identifica con la justicia distributiva, para otros, en fin, "es una nueva especie de justicia". "Pero la opinión más fundada y generalizada dicen los traductores y comentaristas de la *Suma Teológica* ya mencionados- seguida por la casi unanimidad de los autores tomistas, es la que identifica la justicia social con la justicia legal de Santo Tomás [...] la tendencia más importante cree que se ha de renovar y vitalizar aún más el tradicional concepto de justicia legal [. . .] y entiende entonces que la social se

---

<sup>57</sup> En *suma teológica* de Santo Tomas de Aquino, Madrid, 1956, t. VIII, p. 261. Traducción y anotaciones por una comisión de PP. Dominicos presidida por Fr. Francisco BARRADO VIEJO O.P. obispo de Salamanca.

identifica con dicha justicia legal integrada y fusionada con la distributiva en una justicia comunal..."<sup>58</sup> Pero al identificar la justicia social con la justicia legal, como ya lo hemos dicho, se ve en aquélla sólo el deseo de la aplicación del ordenamiento jurídico.

En los documentos de los socialistas y de las organizaciones de trabajadores del siglo pasado la palabra justicia es utilizada muy pocas veces y casi siempre con un sentido contrario al de arbitrariedad; Así, por ejemplo, en los Estatutos Generales de la Asociación Internacional de Trabajadores (Primera Internacional), que fue una asociación amplia de diversas tendencias y agrupaciones de izquierda fundada en septiembre de 1866, se "declara que esta Asociación así como todas las sociedades o individuos adheridos, reconocen como deber de su base de conducta hacia todos los hombres: la VERDAD, la JUSTICIA, la MORAL, sin distinción de color o de nacionalidad".

Durante una parte del siglo pasado y buena parte del presente, esta idea inconsistente ha sido empleada para expresar una aspiración a lograr un cuadro de derechos que morigeraran la voracidad e inclemencia de los dueños del capital con sus trabajadores.

La teorización sobre la justicia en las sociedades pre-capitalistas y capitalistas, con la cual se quiso envolver al derecho en una aureola de equidad y magnanimidad, tuvo mucho de sarcasmo, porque quienes generalmente la invocaron encontraron normal la explotación y represión de los trabajadores, justificando incluso con esa idea las normas jurídicas más opresivas para la mayor parte de la sociedad.

#### **5.4.4.1. LA JUSTICIA SOCIAL EN LA ACTUALIDAD**

En la actualidad la corriente sociológica del derecho, considera al "derecho como un hecho social", debido a que tiene su origen en la sociedad y su destino es satisfacer las necesidades sociales de los hombres dentro de la sociedad, el fin axiológico es buscar la justicia social, consecuentemente el abogado debe ser un cientista social destinado a analizar, cuestionar, reflexionar, y proponer las soluciones

---

<sup>58</sup> Ob. Cit., t. VIII, p. 262.



alternativas sobre diversos hechos socio jurídicos que se dan en la realidad donde se desenvuelve el derecho. Para este efecto el “derecho como hecho social”, estudia al derecho como hecho social en dos sentidos:

- a) **Sentido Amplio.** Estudia la cuestión social expresada en el conjunto problemas de orden histórico, estructural o coyuntural, que hacen a la realidad, donde se manifiestan problemas de índole económico, político, social, cultural, religiosos, etc. Y que deben ser considerados por el derecho, no solo en construcción de las normas, sino al momento de su aplicación, debido el derecho no se puede limitar a la aplicación meramente técnica, mecánica o dogmática, sino considerando la realidad que circunda a los hechos socio jurídicos.
- b) **Sentido Restringido.** Estudia la lucha de clases, manifiesta en las profundas asimetrías sociales, económicas, culturales, políticas e ideológicas que dan como resultado de las desigualdades, donde los más damnificados son las mayorías populares y los sectores vulnerables que por las características de heterogeneidad no se permita el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones lo que genera la violación de sus derechos fundamentales, humanos e inclusive constitucionales, en este sentido el derecho tiene la ineludible obligación de comprender el sentido y alcance la lucha de clases en la construcción y aplicación del derecho y el sistema normativo.

Por lo expuesto, se establece que el fin axiológico que busca el derecho como hecho social es la “justicia social” entendida como el conjunto de reivindicaciones y conquistas sociales que tienen las mayorías populares y sectores vulnerables, en la consecución de mejores condiciones de vida y oportunidades para tener acceso al ejercicio pleno de sus garantías sociales, jurídicas y políticas, en la perspectiva de desenvolverse en el marco del respeto a la dignidad humana, con igualdad de oportunidades.

## **PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA DOCTRINA**

**Leonel Pérez Nieto Castro**

*En cuanto a los principios derivados del derecho romano cabe hacer una puntualización. Se trata en realidad de una amplia serie de principios que surgieron en los siglos XI Y XII cuando se llevaron a cabo las grandes recopilaciones del derecho romano por los glosadores y los post-glosadores, quienes fueron los que extrajeron esos principios. Sin embargo, a través de los siglos posteriores con la aplicación del derecho romano glosado y del derecho canónico derivado de estos, aplicando localmente, fueron surgiendo otros principios que componen hoy en día lo que se conoce por principios del derecho romano la gran mayoría de estos principios son los que se encuentran implícitos en la legislación actual y de ahí su importancia. Al final de esta obra hemos agregado en el glosario algunos de estos principios para su consulta.*

*“se ha afirmado que los principios generales del derecho son construcciones doctrinales o ideas y conceptos elaborados o propuestos por la doctrina. La concepción de que los principios mencionados son los del derecho romano actualmente solo tiene importancia histórica: la identificación de los principios generales del derecho con los del derecho romano tiene un valor puramente histórico y hoy no es sostenible. Pero en esa tesis se hallan contenidas en germen las dos interpretaciones fundamentales sobre esta materia: la histórica o positivista y la filosofía o ius naturalista.”*

*Dentro de la primera de las interpretaciones- la de los principios del derecho romano- se afirma que estos principios, como lo mencionamos son aquellos que inspiran en gran medida la legislación positiva. Para la segunda interpretación- la de los principios del derecho como interpretaciones fundamentales- se trata, en cambio, de verdades jurídicas universales, de principios filosóficos que expresan el elemento constante y permanente del derecho, el fundamento de toda legislación positiva. Estas corrientes de alguna manera coinciden en el punto de que los principios generales del derecho constituyen el fundamento del*

*orden jurídico pues en ellos se inspira el legislador para crear dicho orden.*

*Por otro lado la doctrina, constituida por el conjunto de opiniones de los estudiosos del derecho, tiene gran importancia respecto de esos principios, ya que no hay duda de que tales opiniones son consideradas por el legislador al crear la ley y por el juzgador cuando la interpreta. Sobre todo en la actualidad, con la rápida evolución del derecho y la aparición del desarrollo de diversas disciplinas, el legislador debe estudiar y analizar la doctrina para formular sus iniciativas o para contar con más y mejores elementos de información para su discusión.*

*Patrick Courbe distingue dos áreas en la doctrina: autores y obras. Con autores se refiere a los juristas que publican su opinión. Dentro de esta categoría distingue a los teóricos- los profesores de derecho- y a los prácticos que son esencialmente magistrados, abogados y notarios. En cuanto a las obras, pueden ser: obras generales so volúmenes sobre algún tema jurídico en especial (derecho civil, derecho administrativo).*

## **TEMA No. 6**

### **FUNCIONES DEL DERECHO**

#### **6.1. LA FUNCIÓN DEL DERECHO**

En el estudio del desarrollo del Estado y el Derecho, el positivismo jurídico ha enfatizado su estudio en el aspecto formal del derecho, exceptuando de toda consideración y valoración social, intentando construir una ciencia sobre la base de un modelo paradigmático de las ciencias físico-matemáticas, cuya objetividad exige conocer la realidad y no valorarla. En ese sentido, el carácter específico del derecho no se encontraba en la función que cumple, sino en la estructura que sustenta el ordenamiento jurídico. En este contexto surgió una interrogante ¿De qué se compone el derecho?, en el intento de responder al cuestionamiento, Hans Kelsen mediante la teoría pura del derecho afirmó que “el derecho no puede ocuparse de la función, sino, únicamente de los elementos estructurales, debido a que el análisis funcional del derecho corresponde a los sociólogos y filósofos. Razón por la que denomino a su obra la “teoría pura del derecho, porque el derecho no se debe contaminar con aspectos políticos y morales, debido a que la valoración corresponde a otras ramas que no nacen del pensamiento normativista.

En la medida que el Estado y el derecho moderno se desarrolla paralela y simultáneamente. El Estado como institución jurídica, política y administrativamente organizada va asumiendo el monopolio de la producción de las normas jurídicas, con las cuales consolida un sistema jurídico que responde a los lineamientos del sistema político e ideológico en el que se construye el derecho y se desarrolla la sociedad. Es, el caso del liberalismo cuya ideología ha generado un estado gendarme que no podía intervenir en la economía celosamente reservada para la burguesía triunfante.

En ese contexto, la teoría del derecho gran parte de sus espacios ha dedicado a realizar un estudio sobre los aspectos estructurales del derecho en detrimento de lo funcional, frente a esa postura incesante, desde el pensamiento filosófico se pretendió responder a la visión estructuralista, incorporando en la discusión la función del derecho, posteriormente el sociologismo incorpora en el análisis las funciones sociales del derecho y la pérdida de las funciones sociales del derecho, con esos y otros argumentos, en la actualidad, la teoría del derecho tiene en su seno una marcada discusión sobre la temática que amerita la atención de los estudiosos del derecho y la sociedad toda para comprender ¿Cuáles son las funciones del derecho?, en ese intento de responder recurriremos algunas posturas, que por su importancia los mencionamos:

**Stucka.** En su obra la función revolucionaria del derecho y el Estado, de orientación marxista, frente a la concepción burguesa, establece que el derecho tiene una concepción clasista, cuya función es el de precautelar los interés de clase que detenta el poder político, económico, social e ideológico, donde “el derecho es un sistema u ordenamiento de relaciones sociales correspondientes a los interés de la clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de esta clase”<sup>59</sup>.

**Kelsen.** En su obra la teoría pura del derecho, de orientación normativista, “tenía plena conciencia de que el derecho, en cuanto

---

<sup>59</sup> Atienza Manuel, “Introducción al Derecho”, México, 1998 Pág. 52.

conjunto normas, no era otra cosa que una técnica de organización social, un orden de la conducta humana”<sup>60</sup>.

**Bobbio.** En su obra la teoría general del derecho, hace referencia a los estudios de la ciencia del derecho del siglo XX, donde se refiere a las funciones sociales del derecho, para lo cual no solo se ocupara de hacer un análisis estructural, sino también funcional del derecho, estableciendo que entre ambos existe una interrelación que permite comprender la estructura y la función del derecho, como resultado de ese estudio indica que el derecho está perdiendo la función social, en ese sentido las sociedad y sus instituciones deben sustituir por otras alternativas para evitar la llamada pérdida de la función social del derecho.

En ese contexto explica que el control jurídico se limita al poder ideológico, que implementa la fuerza física y la propaganda con fines de función social, al respecto propone que ante la represión se debe incorporar la prevención, asimismo se debe incorporar nuevas funciones entre las cuales propone la “Función promocional y la función distributiva del derecho”<sup>61</sup>, consistente en:

- a) **Función promocional.** Incentivar a ciertos comportamientos, mediante premios, ventajas económicas u otras que motiven el cumplimiento del derecho y las normas jurídicas que sustentan determinadas sanciones. Ejemplo cuando el Gobierno Municipal Autónomo de la Ciudad de La Paz, indica que se debe pagar impuestos por los bienes inmuebles hasta el 10 de marzo de 2011 con el descuento del 10%, se está utilizando la función promocional.
- b) **Función distributiva.** Esta referida al reparto de bienes económicos y oportunidades, es dado en los procesos de descentralización administrativa, ejemplo la ley de participación popular, autonomías etc.

---

<sup>60</sup> Atienza Manuel, "Introducción al Derecho", México, 1998 Pág. 52.

<sup>61</sup> Atienza Manuel, "Introducción al Derecho", México, 1998 Pág. 53-54.

El estudio de las funciones del derecho, es un tema complejo que genera divergencias ideológicas por parte de las corrientes y teorías que sustentan la teoría general del derecho y el pensamiento jurídico, debido a que en el análisis se tiene un conjunto de apreciaciones, no solo por los estudiosos del derecho, sino por la propia sociedad, referidas a:

- a) Regular imperativamente las interrelaciones humanas, teniendo en esa labor la satisfacción de necesidades básicas del hombre y de la sociedad.
- b) Resolver y prevenir los conflictos de intereses pretensiones y comportamientos contrapuestos, sean individuales o colectivos mediante el reconocimiento y garantía de unos y consecuentemente la exclusión o represión de otros.

#### **6.1.1. CONCEPTO OBJETIVISTA Y SUBJETIVISTA DE FUNCIÓN**

“Desde la perspectiva objetiva (llamada también orgánica o sistémica), que establece un parangón entre un organismo vivo y la sociedad humana, el termino función significa la contribución que aporta un elemento a la organización, conservación y desarrollo del todo que forma parte”<sup>62</sup>. Así como un organismo animal en una unidad en donde se dan variadas funciones vitales (función respiratoria, circulatoria, digestiva, etc.), la sociedad también es un conjunto de elementos en equilibrio, interdependientes, cada uno de los cuales cumple funciones que son fundamentales para que el organismo social logre sus fines de supervivencia, coexistencia pacífica, bienestar general, orden, etc. Todo sistema social está constituido por estructuras e instituciones que no son creación del individuo. Cada elemento cumple funciones que se derivan de la posición que ocupan en el Sistema. Ejemplo: Talcott Parsons, distingue cuatro subsistemas sociales: “el subsistema político o de consecución de fines, el económico o subsistema de adaptación, el cultural o de mantenimiento del modelo social, y el subsistema de integración o de los medios de control social”<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Barrancos y Vedia Fernando, “La noción de justicia en la jurisprudencia sociológica norte americana, en anuario de filosofía jurídica y social , 1983, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1984, Pág. 100.

<sup>63</sup> Desde la perspectiva organicista, Bobbio (Contribución a la teoría del derecho, trad, de A. Ruiz Miguel, Valencia, Edt, Fernando Torres, 1980), define a la función como la “prestación continuada que un

Como expresa Añon<sup>64</sup>, citando a Bredemeier y a Rehibionder, las funciones que cumple cada subsistema social consistente en las aportaciones o emisiones que produce cada uno con respecto a los demás y subsistema político envía al jurídico las decisiones ultimas, los objetivos básicos y los fines a los que debe ordenarse el sistema social y provee al Derecho de la posibilidad del uso de la fuerza física.

A su vez, convierte el poder en Derecho; determina quién y mediante que procedimientos debe decidir los conflictos (jurisdicción).

Desde la concepción subjetiva, inspirada en el protagonismo del sujeto como actor social, la idea de función está vinculada a la acción (a los proyectos o propósitos) de los sujetos que interactúan en la sociedad. Las estructuras normativas no tienen una existencia independiente como lo entiende la teoría organicista, sino que el sujeto las proyecta, produce y realiza. La función de los elementos integrantes de la sociedad depende de los proyectos y fines de los sujetos que intervienen en las relaciones sociales.

## **6.2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA EL ANÁLISIS DE LA FUNCIÓN DEL DERECHO**

Motivados por encontrar el sentido y el alcance de la función del Derecho, los teóricos han efectuado un análisis tomando en cuenta la teoría objetivista y subjetivista a este efecto Aníbal Torres Vásquez afirma lo siguiente:

- **Teoría Objetivista.** También denominada orgánica o sistémica, establece que la función del derecho depende de su contribución al equilibrio o interacción social, y no de la voluntad del creador de las normas ni de los objetivos anhelados por los sujetos que intervienen en las relaciones sociales.

---

determinado órgano da para la conservación y desarrollo según un ritmo de nacimiento, crecimiento y muerte, de todo organismo, es decir, el organismo considerado como un todo".

<sup>64</sup> *Ibidem*, Pág. 112.



La sociedad es un conjunto de elementos (subsistemas, instituciones, etc.) en equilibrio por causa de predominio de las relaciones sociales de consenso sobre las de conflicto. Las relaciones sociales se establecen desde las pautas, normas y cometidos que tienen las instituciones que están en la base del sistema social, pero el sujeto no es considerado como artífice de dichas instituciones. Todo individuo tiene un estatus (de padre, hijo, propietario, acreedor), al que corresponde una serie de papeles que son expectativas de comportamiento.

Los elementos que forman la sociedad se coordinan e integran entre sí y contribuyen con su acción a preservar y mantener la unidad y el orden social. Por ejemplo entre el orden económico y el orden jurídico existe una relación funcional y una serie de condicionamiento recíprocos. El derecho es un elemento de control social que tiene efecto en casi todos los otros sectores sociales (político, económico, cultural, etc.) y cumple la función primaria de integración para mitigar los elementos potenciales del conflicto que tratan de desequilibrar el sistema y para facilitar el mecanismo de las relaciones sociales. Y funciones secundarias, como son la legitimación del sistema, interpretación de las normas, instituir sanciones, la jurisdicción, es decir la determinación de quien tiene autoridad para aplicar las normas. El sistema de relaciones sociales funciona sin degenerar en conflicto cuando se adhiere al sistema normativo.

- **Teoría Subjetivista.** Para esta teoría el derecho desempeña la función de establecer esquemas de comportamiento relacionados con los proyectos y fines que se proponen alcanzar los sujetos que se valen del derecho en sus relaciones sociales.

Las estructuras y las instituciones sociales no tienen, como lo consideran la teoría organicistas, una existencia independiente de los sujetos. Estos no son ajenos al diseño sociológico, sino

los protagonistas del sistema social, los creadores o transformadores de estructuras políticas, económicas, normativas, etc. El núcleo último de toda relación social es una acción social individual. El individuo que actúa en sus propias acciones y en las acciones de los demás. Las relaciones sociales no siempre desarrollan equilibrio y armonía entre las partes pues la falta de comunicación el propósito de una de las partes de aprovecharse de otra, el deseo de dominación, etc., generan situaciones de desequilibrio lo cual ocasiona en toda sociedad se den elementos de consenso de conflicto (las relaciones sociales pueden ser cooperativas, conflictivas o enemigas). Por las relaciones conflictivas de las partes se obstaculizan entre sí para poder ampliar su capacidad de decisión. El conflicto no es un elemento puramente negativo, sino factor necesario para alcanzar la sociedad sin conflicto (marxismo). El derecho es un instrumento surgido del conflicto y tiene la función de justificarlo. Promueve determinados intereses en detrimento de otra<sup>65</sup>.

### **6.3. CONSECUENCIAS DEL ANÁLISIS FUNCIONAL DEL DERECHO**

Como señalamos anteriormente, la temática en cuestión tiene sus grandes complejidades más aun, si estas tienen en su análisis enfoques de carácter ideológico, al respecto Norberto Bobbio establece algunas de las consecuencias sobre las Funciones del Derecho:

La realidad humana comprende también la realidad jurídica, la ética, economía, etc., superando el juridismo que consideraba que el derecho debe ser estudiado puramente, es decir, sin la participación de la sociología, la filosofía u otro conocimiento que pudiera permitir comprender las funciones sociales del derecho.

De ahí que la teoría funcional advierte que el derecho en su estructura formal tiene dimensiones políticas, éticas, económicas, etc., consecuentemente el conocimiento del derecho supone aceptar las intrínsecas vinculaciones que guarda el saber jurídico con otros

---

<sup>65</sup> Anibal Torres Vásquez "Temas Fundamentales de Introducción al Derecho", Pág.71.

saberes prácticos en particular el ético. En este sentido la insuficiencia del formalismo jurídico, caracterizó al derecho por la regulación mediante el poder coactivo; sin embargo, desde la perspectiva de la teoría funcional, la definición del derecho debe hacer referencia al contenido, los fines o valores que persiguen en la regulación social. En este contexto puntualizaremos el siguiente análisis:

**Para el normativismo:**

- Para esta corriente el derecho es un hecho jurídico cuando es considerado en función de una norma jurídica que transforma determinadas consecuencias. Debido a que el objeto de la ciencia jurídica se encuentra en las normas jurídicas exento de cualquier consideración axiológica, sociológica, política, ética, etc. Por otra parte recurre a la norma hipotética para fundar la validez del ordenamiento jurídico.

**Para la teoría funcional:**

- Para esta corriente, el derecho privilegia su dimensión axiológica (iusnaturalismo) y su dimensión social el hecho jurídico como un hecho social (realismo o sociologismo). Asimismo las normas no sólo deben tener su validez formal, sino una validez objetiva.
- De la misma manera explica el fundamento del ordenamiento jurídico por la vía del poder, reconociendo un repertorio diversificado de las fuentes del derecho destinados a romper el monopolio legislativo del positivismo, dando lugar a la creación jurídica por la vía de las asociaciones, sindicatos, etc.
- Los juristas no tienen como tarea principal la interpretación del derecho, sino la búsqueda del derecho, estableciendo como objeto de la ciencia jurídica a los hechos sociales y sus valoraciones.
- Atenúa la concepción coactivista, el derecho para reformar sus normas no solamente recurre a la coacción, sino también a medios persuasivos, preventivos, a las normas de alientamiento y a otros elementos propios del consensualismo.

Bobbio distingue las medidas directas de control social destinadas a hacer imposible o necesario determinado comportamiento de las

medidas indirectas de facilitación u obstaculización de ciertos comportamientos. Además de estas medidas están las sanciones que aparecen cuando el comportamiento ya ha sido realizado.

Con la consideración del fin como una dimensión del derecho y con la revalorización del papel del Juez y de la jurisprudencia valorativa y creadora se supera el positivismo que afirma que las leyes válidas deben ser obedecidas incondicionalmente, esto es, con independencia de su contenido. El positivismo que reduce el Derecho al Derecho Estatal. El positivismo que ha definido al derecho no por la materia, sino por los procedimientos con los cuales se puede regular un sector de comportamientos humanos. El positivismo que en cuanto al método científico prescinde de derecho que debería ser y se dirige al derecho que es, pretendiendo estudiarlo sin recurrir a los juicios de valor. El conocimiento del derecho no puede prescindir de los aspectos sociológicos, políticos y valorativos, con los cuales es probable que el saber jurídico pierda rigurosidad y sistematicidad, pero seguramente ganará en realismo y veracidad.

#### **6.4. EL FUNCIONALISMO EN LA ACTUALIDAD**

En la actualidad varios autores del Derecho han incorporado en sus estudios la sociología del derecho, la filosofía, la política y otras ramas en su momento fueron negadas por el normativismo de Kelsen, debido a que el hegemonismo del positivismo fue decayendo y se fue fortaleciendo las teorías sociológicas, filosóficas sobre el derecho, fundamentalmente los hechos que se produjeron durante la segunda guerra Mundial, motivaron a una serie de cuestionamientos respecto a ¿Qué es el derecho?; ¿Cuál es la función que cumple?, estas y otras interrogantes permitieron a los funcionalistas efectuar un análisis respecto a la función y su aplicación con relación al poder estatal y las expectativas de la sociedad.

Al respecto **Rehbinder**, afirma, que el derecho tiene diversas funciones entre las cuales se encuentran:

- a) la función de resolver los conflictos que se presentan dentro la sociedad, sean estas de interés privado o público.
- b) Orientar el comportamiento de los hombres en la medida en que se rige y se regula la conducta de los miembros de un grupo social.
- c) Legitima y organiza el poder social al determinar las instancias que deben decidir sobre los casos de conflicto, estableciendo el procedimiento para hacerlo.
- d) Configura las condiciones de vida en el estado social del derecho este no sólo cumple la función vigilante; sino interviene activamente en la vida social.
- e) Cuida y mejora el derecho logrando la adaptación de los contenidos y de los órganos jurisdiccionales a las funciones sociales del derecho a través de la supervisión de otras funciones.

En la actualidad a criterio de Baratta, el derecho cumple la función de control social, involucrando a los fines que persigue en la perspectiva de mantener el equilibrio o la integración social, por medio de la regulación del comportamiento de los hombres dentro la sociedad bajo la consecución de los fines (funciones en estricto sensu) que permita ordenar a la sociedad, asegurar la paz social, garantizar el ejercicio de sus derecho y libertades, promocionar la autorregulación del individuo y como medios (técnicas para el cumplimiento de sus fines), la promoción, premiación, represión y prevención, los mismos que deben ser el resultado de un análisis minuciosos respecto a las conductas que motivan los hechos jurídicos.

Finalmente, la pérdida del poder hegemónico del positivismo en alguna medida a fortalecido la función funcionalista del derecho, debido a que en la actualidad el derecho no se limita simplemente a una percepción mecánica, técnica, exegética y dogmatica de la visión normativa, sino que ha generado un análisis integral contraviniendo el pensamiento Kelseniano se ha incorporado a la sociología del derecho, la filosofía, la política y otras ramas del conocimiento para lograr establecer la dimensión funcional que debe tener el derecho en la actual sociedad es el caso del surgimiento del Estado Plurinacional, que si bien no está

marcada estrictamente en el pensamiento del funcionalismo jurídico ha incorporado una nueva visión de Estado, al incorporar paradigmas como el Pluralismo jurídico, el pluralismo económico, que demuestran la coexistencia de dos o más sistemas que conviven y se orientan a determinados fines expresados en el pensamiento occidental pero también en las visiones andino amazónicas, en consecuencia la discusión de las funciones del derecho se hace de suma importancia porque a partir de esas apreciaciones podemos hablar de las connotaciones positivas y las connotaciones negativas que tiene el derecho y que en su momento confrontaron ideológicamente entre los denominados conflictualistas y funcionalistas.

### **CONFLICTUALISMO Y FUNCIONES SOCIALES DE DERECHO INTRODUCCIÓN AL DERECHO, Manuel Atienza, Doctrina Jurídica Contemporánea**

*A diferencia de la concepción funcionalista, la concepción conflictualista parte de un punto de vista crítico con respecto a la sociedad (al menos, con respecto a la sociedad actual). Lo que caracteriza a la sociedad no es ya la noción del sistema, de equilibrio, sino más bien la idea de desigualdad, lucha por el poder, inestabilidad. En consecuencia, el problema de las funciones sociales del Derecho se plantea de forma distinta. Mientras que para los funcionalistas, la idea de función tiene una connotación positiva (la aportación del derecho a la sociedad no puede ser más que positiva), para los conflictualistas (en particular, para los marxista) la contribución del Derecho es (en todo o en parte) negativa. Desde un punto de vista marxista no habría seguramente dificultad en aceptar que el Derecho cumple las funciones a que antes hemos pasado breve revista; pero un marxista añadiría que, además de cumplir dichas funciones (o, si se quiere, en la medida en que las cumple), el Derecho desarrolla también: a) una función de dominación, pues es el medio de que se sirve el Estado para asegurar la dominación de una determinada clase; el Derecho resuelve conflictos y distribuye, en cierto sentido, el poder, pero no lo hace en forma neutral, sino de manera interesada, es decir desigualitariamente, en interés de la clase dominante; b) una función ideológica pues lo anterior no lo*

*efectúa de una manera abierta, sino encubierta; como hemos visto en el capítulo anterior, la superestructura jurídica – a través de la forma del contrato, del salario, etcétera-recubre las relaciones sociales con un manto de aparentes libertad e igualdad. De todas formas, no cabe duda de que los autores marxistas no han elaborado una teoría de las funciones del Derecho comparable por su grado de desarrollo y refinamiento teórico al la de el funcionalista. Ello es en parte (pero solo en parte) consecuencia de los presupuestos conceptuales de que arranca el propio marxismo: como es bien conocido, para Marx lo importante no era las superestructura jurídica y política, sino la base socioeconómica sobre la que aquéllas se asientan; la tradición marxista ha visto incluso en el Derecho y el Estado – por lo menos en un principio – elementos destinados a desaparecer una vez alcanzado el estadio superior del socialismo (el comunismo), de manera que un análisis detallado de sus funciones no aparecía como una cuestión de especial interés teórico.*

*Ahora bien, Marx no ha sido ciertamente el único autor en sostener una concepción conflictualista de la sociedad. Aunque los ejemplos no abunden, se pueden citar, entre otros, el caso de L. Gumplowicz (1838-1909), verdaderamente uno de los fundadores de la sociología del Derecho, o el de un autor contemporáneo, K. Dahrendorf. Para Gumplowicz, la condición para la existencia del Derecho es el Estado. El origen del Estado es el conflicto entre grupos antagónicos, dotados de fuerzas desiguales; la organización política no es más que la supremacía el sojuzgamiento de un grupo sobre (por) el otro, y el Derecho es la “Consagración legal de una desigualdad”. La sustancia del Derecho es, por lo tanto, la coerción, la fuerza, y su función de cara al conflicto consistiría en cambiarlo de manifiesto a latente, instaurando una paz inestable y precaria en cuanto que el Derecho reflejaría una relación entre poderes que es fluida. El Derecho es, si se quiere, una fuente indirecta de consenso, en cuanto que produce comportamientos uniformes, pero se trata de un consenso que nace de la coerción. La concepción de Gumplowicz, por otro lado supone un conflictualismo radical: a*

*diferencia de Marx, Gumpłowicz considera que el conflicto, el sostenimiento de un grupo por otro, es un hecho natural y que no se puede eliminar. Bastante diferente, en cambio, es la concepción de Dahrendorf. Para este Autor, el Conflicto es, efectivamente, el elemento dominante en la sociedad, pero se trata de un conflicto que tiene lugar entre individuos, no entre grupos, y cuya función principal es la de servir como agente de cambio social. En la medida en que, en la perspectiva de Dahrendorf, cabe seguir hablando de fines colectivos, de toda la sociedad (lo que no es el caso de la concepción de Marx o de Gumpłowicz), su visión de la sociedad no estaría demasiado alejada de la funcionalista, y quizá no sea del todo incompatible con ella.*

*Últimamente, como consecuencia de la crisis del estructural-funcionalismo en sociología que es, a su vez, al menos en parte, una consecuencia de la crisis social y cultural que se manifiesta un poco por todas partes, las teorías del conflicto parecen haber ganado terreno. El Derecho tiende a verse, para utilizar la afortunada expresión de Tomeo, como “la estructura del conflicto”. Y, desde esta nueva perspectiva, los conceptos funcionalistas deben ser sustituidos por otros o, cuando menos, deben ser revisados.*

*El Derecho podría seguir siendo definido como un sistema de control social, pero el objeto del control social no lo sería ya la conducta desviada, sino el conflicto; como se ha repetido en varias ocasiones, incluso el propio concepto de desviación aparece como un concepto inconsistente: lo que caracteriza a la sociedad no es ya la existencia de valores compartidos (presupuesto teórico para poder hablar de desviación), generadores de consenso, sino el hecho de que sus integrantes – individuos y grupos - ocupan diversas situaciones de poder generadoras, en consecuencia, de conflicto.*



## **TEMA No. 7**

### **LA FUNCIÓN DEL ABOGADO**

#### **7.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

Aparece en Sumeria, durante el II milenio a.c. (Pueblo establecido en la parte baja del río Éufrates, en el V milenio a.c.), ante la necesidad de otorgar defensa a favor de una mujer acusada de un grave delito. Para responsabilidad tan alta – ser el primer abogado – escogió al hombre más honrado del pueblo (así las funciones de la abogacía resultan ser más antiguas que la titulación para su ejercicio). A partir de ese momento, el derecho – experiencia anterior en el tiempo –y la abogacía se encontraron<sup>66</sup>. La abogacía, como profesión, surgió con la primera división del trabajo los griegos y romanos así la conocieron.

En Roma, según la tradición, la abogacía aparece cuando Rómulo, al comprender que su dominio no podía subsistir sin una buena administración de justicia, escoge a los ciudadanos de más excelsas virtudes y, dividiéndolos, forma con unos el senado y con otros el pretoriado o defensoría para los menos favorecidos. En Roma se

---

<sup>66</sup> García Toma Víctor. Introducción a las Ciencias Jurídicas Ed. Juristas Editores 2° Edición, Lima pág. 41.

consideró a la milicia, la política y el Derecho como la actividades más encumbrantes, la abogacía era una actividad de patricios ricos y poderosos. Se trataba de un patronazgo de honor, exento de codicia o estipendio; por ello, lo que se hubiese dicho y conseguido en el pretorio era válido para alcanzar la fama y *cursus honorum* político<sup>67</sup>.

En Grecia, fue actividad de ciudadanos libres y selectos; así, el gran legislador Griego Solón, al reglamentar su ejercicio, exigió que los abogados “fueran libres y de buenas costumbres”. Atenas fue la primera escuela del foro, ya que los griegos al tener que compadecer el aerópago, acostumbraban a solicitar el concurso de oradores famosos con el objeto de dar más fuerza a la acusación o a la defensa; entre estos destacaron Pericles – considerado el primer abogado profesional – Demóstenes, Hipperides y Antifón<sup>68</sup>.

En Atenas aparecen los primeros procesos famosos. Es celebre el caso de la cortesana Friné, quién acusada del delito de lesa majestad divina, fue absuelta por sus jueces. Hipperides, su amante y defensor, al ver que su elocuencia no era suficiente para motivar a los juzgadores, rasgó las vestiduras de su defendida, enterneciéndolos con la belleza que veían. Con ello demostraba que “todo bello era puro”, por lo que Friné no podía ser impura. Esta falacia era concepción aceptable para la época, pues los griegos fueron los primeros interesados en rendir culto axiológico a la estética.

La Ética profesional fue defendida con denuedo (es conocida la historia Isócrates, quien fue condenado y excluido como abogado por haber revelado a un contrario los argumentos de su defensa); según la práctica ateniense, las perdonas infames, los esclavos, los pródigos, los desertores y los prófugos del servicio de las armas se encontraban impedidos de ejercer la abogacía<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> García Toma Víctor. Introducción a las Ciencias Jurídicas Ed. Juristas Editores 2° Edición, Lima pág. 43.

<sup>68</sup> García Toma Víctor. Introducción a las Ciencias Jurídicas Ed. Juristas Editores 2° Edición, Lima pág. 42.

<sup>69</sup> García Toma Víctor. Introducción a las Ciencias Jurídicas Ed. Juristas Editores 2° Edición, Lima pág. 42-43.

En plena edad media, Alfonso X el Sabio<sup>70</sup>, consagró la profesión como un oficio público, que nadie podía ejercer sin examen y aprobación de los magistrados, sin juramento de honesto desempeño y sin inscripción en la orden. Curiosamente, siguiendo el mal ejemplo romano, impidió el ejercicio profesional de las mujeres sosteniendo que “cuando pierdan la vergüenza, es fuerte cosa de oírlas y contender de ellas”<sup>71</sup>.

## 7.2. ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA ABOGADO

La palabra abogado proviene de la voz latina *advocatus*, que significa “el llamado”. Los pretores romanos acostumbraban a solicitar, para la resolución de las controversias difíciles, la colaboración de personas que tuviesen un conocimiento profundo del Derecho; desde entonces, ha sido identificado como sinónimo de patrono, defensor, hombre de letras, jurisconsulto, jurista, razonador, y hasta orador (por el frecuente despliegue de elocuencia en el desempeño de su valor).

Abogado –palabra deriva de *ad-vocatus*; *vocatus*- *ad* como señala Carneluti- quiere decir “el llamado”.

Las partidas españolas llaman al abogado “vocero”, porque “con voces usa su oficio” que consiste en razonar “en pleito suyo o de otro es juicio, como actor o como reo”.

El abogado es la persona llamada por otro para que defienda y ampare su vida, su honor, su integridad, sus bienes, en una palabra sus derechos, en caso de amenaza, de coacción, de peligro.

La abogacía, cuya tarea propia es el patrocinio y la defensa, toma en su ejercicio diversas modalidades: jurisconsulto es el hombre de consejo a cuya consulta se recurre para esclarecer una cuestión de derecho; letrado es el hombre de ciencia cuyo saber merece confianza; jurista es el profesional versado en el examen y la crítica de la ley, según los principios del derecho, de la filosofía, de la moral y de la religión.

---

<sup>70</sup> GARCIA GALLO, A. Tratado de la Historia del Derecho Español. Madrid, 1948.

<sup>71</sup> García Toma Víctor. Introducción a las Ciencias Jurídicas Ed. Juristas Editores 2° Edición, Lima pág. 45.

En el ejercicio de sus tareas propias, como expresara Carneluti el abogado realiza la función de intermediario entre las partes que buscan justicia y el juez que la otorga. Experto en Derecho, traduce al lenguaje jurídico el habla humilde del hombre de la calle. Demanda justicia para su patrocinado; la justicia que esté busca. En este sentido realiza una función privativa. Pero ejerce también –y quizá de modo principal- una tarea pública, aquella “profesión pública del derecho” de la que hablaba el gran abogado norteamericano Eliu Root. Como dijera el magistrado Colmes “la responsabilidad última del abogado es establecer, desarrollar y esclarecer las normas que deben gobernar la conducta del hombre durante siglos”.

Los estudios para ejercer la abogacía, en la casi totalidad de los países, se realizan en las universidades por lo cual su orientación tiende a ser fundamentalmente científica.

Con acierto señala Ch. Eisenmann que, “según consenso universal” universitaria significa científico, por lo cual tal enseñanza, en cuanto se refiere al derecho, ha de tener por objeto explicarlo y hacerlo entender de modo total “contemplando todas sus manifestaciones”<sup>72</sup>. De allí que “admitir que la enseñanza jurídica se contente con objetivos únicamente prácticos, es consentir que no procura más que un conocimiento truncado, mutilado y deforme de su objeto, y que trata al derecho como un mero objeto de práctica; es sacrificar de golpe la consideración de toda una serie de problemas que suscita”<sup>73</sup>.

La profesión permanente de defensa del derecho exige del abogado no sólo la preparación científica que recibe en la Universidad sino una conjunción de calidades difícil de lograr. “Dad a un hombre todas las dotes del espíritu y todas las del carácter -escribió Giuratti- Haced que todo lo haya visto que todo lo haya aprendido y retenido, que haya trabajado durante treinta años de vida, que sea en conjunto un literato,

---

<sup>72</sup> Las Ciencias Sociales y la Enseñanza Superior: Derecho. Unesco. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, España, 1958, pág. 56.

<sup>73</sup> Id. Pág. 57.

un crítico, un moralista, que tenga la experiencia de un viejo y la infalible memoria de un niño y tal vez con eso formaréis un abogado”<sup>74</sup>.

Pero el abogado debe cumplir otra exigencia más grave y necesaria: “la rectitud de conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos, primero es ser bueno, luego ser firme; después ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia en el último.”<sup>75</sup>.

### **7.3. EL HOMBRE DE DERECHO Y SUS CARACTERÍSTICAS**

El hombre de Derecho es aquel que cultiva, investiga, difunde y aplica los conocimientos de la Ciencia del Derecho, este último con el propósito de alcanzar la justicia y los demás valores jurídicos. El abogado, el juez y el fiscal -en sus diversas categorías- el maestro de Derecho, el funcionario del Estado, son hombres de Derecho.

El estudio y el examen de los hechos de cualquier naturaleza en cuanto producen consecuencias de derecho; el análisis a las normas a fin de resolver la inmensa y renovada gama de conflictos jurídicos, y la realización de la justicia, objeto de la estimativa y la axiología jurídica, constituyen las tareas fundamentales del hombre de Derecho.

Tales tareas, que inciden en el mundo de los hechos y de las normas, sitúan al hombre de derecho en el ámbito del “homo teórico” a cuya actitud hay que agregar esa permanente conciencia axiológica derivada de la necesidad de descubrir e impartir justicia.

La exigencia de justiciarse cumple de dos modos: “la justicia ideal o como ideal de justicia, y la justicia positiva considerada como seguridad jurídica. La primera es progresiva, mientras que la segunda es conservadora o estática. “El hombre de Derecho lego o profano – escribe Radbruch- se orienta más bien hacia la justicia; el hombre de derecho jurista, más hacia la seguridad; hablando el lenguaje Spranger, aquel es más idealista del derecho; éste, más formalista del derecho”<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Máximo Pacheco Gómez. Introducción a las Ciencias Jurídicas. Editorial Universitaria S.A. Santiago de Chile, 1958, pág. 117.

<sup>75</sup> Cita de Ángel Ossirio y Gallardo. El abogado. Egea, Buenos Aires, 1956.

<sup>76</sup> Mario Alzadora Valdez. La abogacía. Tres Conferencias, Universidad Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho, Lima

La justicia se busca y se logra por el cambio de la verdad “Por la verdad hacia la justicia” debería ser el lema de todo autentico hombre de Derecho. Pero hay algo más: la justicia esta connotada por la igualdad<sup>77</sup>, cuyo reconocimiento exige imparcialidad, ponderación, serenidad, en una palabra, bondad.

De allí que las profesiones jurídicas estén llamadas por esencia a mantenerse alejadas de todo interés. Una ley dictada en la época de Augusto prohíbe a los abogados cobrar por sus servicios. Aceptado dicho cobro, después, se llamó y se sigue llamando “honorario”, es decir, por honor.

La misión del jurista influido por el concepto de libertad, ha escrito Radbruch, es lograr el “Estado de Derecho” pero no sólo al modo de concepto político, sino en tanto que “concepto cultural, entendido como “la defensa de la libertad contra el orden; de la vida contra la razón fría; de la causalidad contra la regla; la de plenitud contra el esquematismo, o dicho en dos palabras: la defensa de aquello que es un valor y un fin, frente a aquello que no es más que un medio, que vale sólo en cuanto sirve a aquél”.

### **LA ÉTICA DEL ABOGADO**

*Los abogados, en el ejercicio de su profesión están sometidos a la ley y a los principios del Código de Ética profesional vigente en cada país.*

**San Alfonso María de Lorgio**, que en su juventud ejerció la abogacía en Nápoles, considero como deberes del abogado:

- 1) *No aceptar causas injustas, peligrosas para la conciencia y la dignidad;*
- 2) *No defender una causa empleando medios ilícitos;*
- 3) *No cobrar sino el honorario convenido;*
- 4) *Tratar la causa patrocinada con celo y dedicación;*
- 5) *Estudiar conscientemente la defensa de los derechos del cliente;*
- 6) *No perjudicar al cliente con negligencia y demoras y en caso de que le haya ocasionado algún perjuicio, resarcirlo bajo pena de pecar contra la justicia;*
- 7) *Implorar el auxilio de Dios, porque Dios es el primer defensor de la justicia;*
- 8) *No aceptar causas superiores a su talento y a sus facultades; y*
- 9) *Siempre ser justo y honesto en el ejercicio de la profesión.*

---

1963, Pág. 118.

<sup>77</sup> Octava Partida. Capítulo II.

Ha adquirido en América gran preeminencia y difusión el decálogo que contiene los “Mandamientos del abogado” del eminente maestro y jurista uruguayo **Eduardo J. Couture**:

1º.- **Estudia.** El Derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado.

2º.- **Piensa.** El Derecho se aprende estudiando pero se ejerce pensando.

3º.- **Trabaja.** La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia.

4º.- **Lucha.** Tu deber es luchar por el Derecho; pero el día que encuentras un conflicto entre el Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia.

5º.- **Se leal.** Leal para con tu cliente al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario aunque él sea desleal contigo. Leal para con el juez, que ignora los hechos, y debe confiar en lo que tú dices; y que, en cuanto al derecho, una que otra vez debe confiar en el que tú le invocas.

6º.- **Tolera.** Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieres que sea tolerada la tuya.

7º.- **Ten paciencia.** El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.

8º.- **Ten fé.** Ten fé en el Derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como el destino normal del Derecho; paz, como el sustitutivo bondadoso de la justicia, y, sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay ni Derecho, ni Justicia ni Paz.

9º.- **Olvida.** La abogacía es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fueras cargando tu alma de rencor, llegara un día en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.

10º.- **Ama tu profesión.** Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día que tu hijo te pida un consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado.

Los mandamientos morales de la abogacía se inspiran en tales principios que han guiado los Códigos de Ética de diversos países.

## **TEMA No. 8**

### **INSTITUCIONES DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

#### **8.1. INTRODUCCIÓN**

Se dijo que el derecho es un conjunto de normas jurídicas, obligatorias y coercibles, tienen por finalidad regular la conducta humana de los hombres dentro de la sociedad y ante el eventual incumplimiento de las normas jurídicas, el Estado como institución jurídica, política y administrativamente organizada ha creado una diversidad de instituciones públicas (tribunales) con la finalidad hacer cumplir a través de la aplicación de la fuerza.

Para mejor comprensión, mencionaremos algunas instituciones y organismos encargados de asegurar el efectivo cumplimiento de la ley, estableciendo los mecanismos jurídicos e institucionales para resolver las controversias que se suscitan en nuestra sociedad incluso a través del uso de la coacción.

#### **8.2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL**

El tribunal constitucional fue creado por el jurista Hans Kelsen que lo incorporó a la Constitución de Austria de 1920 y estableció, además,



que la constitucionalidad es una característica del estado de derecho o gobierno de la ley y no de los hombres, y que constituye un paso adelante en la evolución política y una conquista de la civilización.

En Bolivia el tribunal constitucional fue creado el uno de abril de 1993 por la ley de necesidad de reforma constitucional que es su artículo pertinente manifestaba la necesidad de establecer un mecanismo de “control de la constitucionalidad y la interpretación judicial de la constitución...”<sup>78</sup>. El tribunal constitucional entró en vigencia 1997 como un órgano superior de justicia constitucional; es decir que su labor fundamental consiste: “en ejercer el control de constitucionalidad guardando y velando las garantías constitucionales”.

En relación al tribunal constitucional Asencio Mellado sostiene que “es un órgano cuya función esencial consiste en la interpretación de la constitución, de la cual asegura su primacía sobre el resto de normas del ordenamiento jurídico, así como en la defensa y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a actos de cualquier poder del Estado”.

La Constitución del Estado Plurinacional señala en su artículo 196. “I. El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales. II. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

### **8.2.1. ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL**

Son atribuciones del tribunal constitucional conocer y resolver:

1. En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas

---

<sup>78</sup> Herrera Añez William “INTRODUCCION AL DERECHO PROCESAL” Ed. Universitaria Pág. 81.

Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la Presidenta o Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas,

2. Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público.
3. Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas.
4. Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución.
5. Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas.
6. La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento. Esta revisión no impedirá la aplicación inmediata y obligatoria de la resolución que resuelva la acción.
7. Las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley. La decisión del Tribunal Constitucional es de cumplimiento obligatorio.
8. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria.
9. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales.
10. La constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.
11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.
12. Los recursos directos de nulidad. Artículo 203. Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter

vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno<sup>79</sup>.

### **8.3. DEFENSORÍA DEL PUEBLO**

La defensoría del pueblo fue creada el año 1994 con el denominativo del defensor del pueblo, y según el art. 218 de la actual Constitución Política del Estado Plurinacional dice lo siguiente:

- I. La Defensoría del Pueblo velará por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos humanos, individuales y colectivos, que se establecen en la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales. La función de la Defensoría alcanzará a la actividad administrativa de todo el sector público y a la actividad de las instituciones privadas que presten servicios públicos.
- II. Corresponderá asimismo a la Defensoría del Pueblo la promoción de la defensa de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de las comunidades urbanas e interculturales, y de las bolivianas y los bolivianos en el exterior.
- III. La Defensoría del Pueblo es una institución con autonomía funcional, financiera y administrativa, en el marco de la ley. Sus funciones se regirán bajo los principios de gratuidad, accesibilidad, celeridad y solidaridad. En el ejercicio de sus funciones no recibe instrucciones de los órganos del Estado”.

#### **8.3.1. ATRIBUCIONES DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO**

Son atribuciones de la Defensoría del Pueblo, además de las que establecen la Constitución y la ley:

1. Interponer las acciones de Inconstitucionalidad, de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular, de Cumplimiento y el recurso directo de nulidad, sin necesidad de mandato.
2. Presentar proyectos de ley y proponer modificaciones a leyes, decretos y resoluciones no judiciales en materia de su

---

<sup>79</sup> Constitución política del Estado Plurinacional art. 202

competencia.

3. Investigar, de oficio o a solicitud de parte, los actos u omisiones que impliquen violación de los derechos, individuales y colectivos, que se establecen en la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales, e instar al Ministerio Público al inicio de las acciones legales que correspondan.
4. Solicitar a las autoridades y servidores públicos información respecto a las investigaciones que realice la Defensoría del Pueblo, sin que puedan oponer reserva alguna.
5. Formular recomendaciones, recordatorios de deberes legales, y sugerencias para la inmediata adopción de correctivos y medidas a todos los órganos e instituciones del Estado, y emitir censura pública por actos o comportamientos contrarios a dichas formulaciones.
6. Acceder libremente a los centros de detención e internación, sin que pueda oponerse objeción alguna.
7. Ejercer sus funciones sin interrupción de ninguna naturaleza, aun en caso de declaratoria de estado de excepción.
8. Asistir con prontitud y sin discriminación a las personas que soliciten sus servicios.
9. Elaborar los reglamentos necesarios para el ejercicio de sus funciones<sup>80</sup>.

### **8.3.2. DEFENSOR DEL PUEBLO**

La Defensoría del Pueblo estará dirigida por la Defensora o el Defensor del Pueblo que es elegido por dos tercios de los miembros de la asamblea legislativa plurinacional el mismo que ejercerá sus funciones por un periodo de seis años, sin posibilidad de nueva designación, tampoco podrá ser objeto de persecución, detención, acusación ni enjuiciamiento por los actos realizados en el ejercicio de sus atribuciones.

La Defensora o Defensor del pueblo cada año deberá informar a la Asamblea Legislativa Plurinacional y al control social sobre los derechos humanos en el país y la gestión que desempeño en la

---

<sup>80</sup> Constitución Política del Estado art. 222

institución. Así mismo la Asamblea Legislativa plurinacional o el control social podrán convocar al defensor o defensora del pueblo para que de un informe de sus funciones.

## 8.4. ÓRGANO JUDICIAL

El Órgano Judicial es un aparato del poder público, se funda en la pluralidad y el pluralismo jurídico, tiene igual jerarquía constitucional que los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Electoral y se relaciona sobre la base de independencia, separación, coordinación y cooperación. En la actual Constitución del Estado en el artículo 178 indica lo siguiente:

“I La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad celeridad gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.

II Constituyen garantías de la independencia judicial:

1. El desempeño de los jueces de acuerdo a la carrera judicial.
2. La autonomía presupuestaria de los órganos judiciales.”

### 8.4.1. EJERCICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La administración de justicia del Estado Plurinacional se ejerce por medio del Órgano Judicial a través de:

1. **La Jurisdicción Ordinaria**, por el Tribunal Supremo de Justicia, los Tribunales Departamentales de Justicia, los Tribunales de Sentencia y los juzgados;
2. **La Jurisdicción Agroambiental**, por el Tribunal Agroambiental y los Juzgados Agroambientales;
3. **Las Jurisdicciones Especiales** reguladas por ley; y
4. **La Jurisdicción Indígena Originaria Campesina**, por sus propias autoridades, según sus normas y procedimientos propios<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup>Ley del órgano Judicial del estado plurinacional art. 4

Cabe señalar que existe un organismo llamado Consejo de la Magistratura, la cual se encarga del régimen disciplinario de la jurisdicción ordinaria, agroambiental y de las jurisdicciones especializadas; del control y fiscalización de su manejo administrativo y financiero.

## 8.5. MINISTERIO PÚBLICO

El ministerio Público en Bolivia se instituye con el decreto de 27 de abril de 1825, dictado por el libertador Antonio José de Sucre, que conformaba la Corte Superior de Justicia de las provincias del Alto Perú, entonces compuesta de cinco magistrados y de dos Fiscales. Al principio los dos fiscales formaban parte de la Corte Superior de Justicia, luego pasaron a depender del poder ejecutivo<sup>82</sup>.

En la actualidad el Ministerio Público es un organismo autónomo del Estado, entre cuyas funciones principales se citan: la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos; asumir la representación de la sociedad en los procesos, con la finalidad de defender la familia, a los menores, e incapaces a si como para velar por la moral pública, la persecución del delito y su reparación civil<sup>83</sup>.

### 8.5.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

La naturaleza jurídica del Ministerio Publico tiene dos tesis, consistentes en:

- a) **Los partidarios de la tesis judicialista**, afirman que el Ministerio Público es un organismo independiente del órgano judicial, porque ante este ejercita sólo una función requirente (intimar a alguien a hacer algo o persuadir para que lo haga).
- b) **La tesis gubernativa o regalista**. Sostiene que el Ministerio Público es parte del órgano ejecutivo, como su representante ante el órgano judicial, defendiendo los intereses fiscales y en

---

<sup>82</sup> Herrera Añez William "INTRODUCCION AL DERECHO PROCESAL" Ed. Universitaria pág. 139.

<sup>83</sup> Villarroel Ferrer José "Derecho Procesal Orgánico" pág. 163.

función de mandatario del estado, suscitando el imperio de la paz, la concordia y la seguridad pública<sup>84</sup>.

La ley orgánica del Ministerio Público al respecto indica lo siguiente: “Artículo 3. El Ministerio público es un órgano constitucional que tiene por finalidad promover la acción de la justicia, defender la legalidad, los intereses del estado y la sociedad, representándolos conforme a lo establecido en la constitución y en las leyes de la república”.

El Ministerio Publico en el cumplimiento de su función goza de independencia funcional.

### **8.5.2. ESTRUCTURA DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Fiscal General del Estado es la autoridad jerárquica superior del Ministerio Publico quien es elegido por dos tercios de voto de los miembros presentes de la asamblea legislativa plurinacional, ejerciendo sus funciones por un periodo de 6 años. Detrás del Fiscal General del Estado están los Fiscales Departamentales, Fiscales de materia y demás fiscales establecidos por la ley<sup>85</sup>.

### **8.5.3. ORGANIZACIÓN JERÁRQUICA**

La organización jerárquica del Ministerio Publico de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica del Ministerio Público comprende los siguientes niveles<sup>86</sup>:

1. Fiscal General de la República
2. Fiscales de Distrito.
3. Fiscal de Recursos
4. Fiscal de Materia.
5. Fiscal Asistente.

Sin embargo, la actual Constitución del Estado en su artículo 227 ha establecido un cambio de Fiscal General de la República a Fiscal

---

<sup>84</sup> Villarroel Ferrer José “Derecho Procesal Orgánico” pág. 166-167.

<sup>85</sup> Constitución política del Estado Plurinacional art. 226-227-228.

<sup>86</sup> Ley Orgánica del Ministerio Público, Art.23.

General del Estado y los Fiscales de Distrito a Fiscales Departamentales.

Artículo 227. I. La Fiscal o el Fiscal General del Estado se designará por dos tercios de la Asamblea Legislativa Plurinacional. La designación requerirá de convocatoria pública previa, y calificación de capacidad profesional y méritos, a través de concurso público.

II. La Fiscal o el Fiscal General del Estado reunirá los requisitos generales de los servidores públicos, así como los específicos establecidos para la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia.

Artículo 228. La Fiscal o el Fiscal General del Estado ejercerán sus funciones por seis años, sin posibilidad de nueva designación.

## **8.6. POLICIA NACIONAL**

Fue creada el 24 de junio de 1826 mediante una ley reglamentaria dictada por Antonio José de Sucre. Tiene la misión específica de la defensa de la sociedad y la conservación del orden público interno, mediante el cumplimiento de las leyes en el territorio nacional.

Al respecto la Constitución del estado señala en el artículo 251:

“I. La Policía Boliviana, como fuerza pública, tiene la misión específica de la defensa de la sociedad y la conservación del orden público, y el cumplimiento de las leyes en todo el territorio boliviano. Ejercerá la función policial de manera integral, indivisible y bajo mando único, en conformidad con la Ley Orgánica de la Policía Boliviana y las demás leyes del Estado.

II. Como institución, no delibera ni participa en acción política partidaria, pero individualmente sus miembros gozan y ejercen sus derechos ciudadanos, de acuerdo con la ley.

Artículo 254. En caso de guerra internacional, las fuerzas de la Policía Boliviana pasarán a depender del Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas por el tiempo que dure el conflicto”.



Sin duda la Policía Boliviana es un organismo importante y necesario, pues representa el orden y cumplimiento de las leyes dentro de una sociedad organizada.

## **8.7. FUERZAS ARMADAS**

La Constitución del Estado Plurinacional establece que las Fuerzas Armadas tiene por misión fundamental defender y conservar la independencia, seguridad y estabilidad del Estado, su honor y la soberanía del país; asegurar el imperio de la Constitución, garantizar la estabilidad del Gobierno legalmente constituido, y participar en el desarrollo integral del país.

### **8.7.1. ORGANIZACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS.**

La organización de las Fuerzas Armadas descansa en su jerarquía y disciplina. Es esencialmente obediente, no delibera y está sujeta a las leyes y a los reglamentos militares. Como organismo institucional no realiza acción política; individualmente, sus miembros gozan y ejercen los derechos de ciudadanía en las condiciones establecidas por la ley.

Así mismo el art. 243 de nuestra actual constitución indica que las Fuerzas Armadas del Estado están orgánicamente constituidas por el Comando en Jefe, Ejército, la Fuerza Aérea y la Armada Boliviana, cuyos efectivos serán fijados por la Asamblea Legislativa Plurinacional a propuesta del Órgano Ejecutivo.

Las instituciones del derecho existentes son de gran importancia ya que cada una de ellas cumple una función específica en el desenvolvimiento de la organización del Estado además de coadyuvar al desarrollo del derecho para así lograr los fines del derecho es decir, la paz social, el bien común y el valor supremo que es la justicia no debiendo olvidar que el derecho no es estático ya que siempre está en constante evolución de acuerdo a la realidad en concordancia con las instituciones del Estado.

## **CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

*Walter Aparicio Antezana*

*Todas las personas naturales son seres orgánicos, es decir tienen vida, es materia viviente, es social y racional, naturalmente está implícita la inteligencia en cuanto a su posición física es vertical, camina erguido está dotado de mando y tiene lenguaje articulado; es una unidad biológica y psicológica*

*Son todos los seres humanos, que tienen existencia material. Se divide desde las siguientes visiones:1) **Por el sexo** Hombre, Varón o sexo masculino; Mujer, o sexo femenino;2) **Por el estado Civil** a) **Estado personal**, Capaz, de capacidad restringida o incapaz, Mayor de edad o menor de edad:1.**Estado Civil familiar**; 2.**Según su situación frente al matrimonio**: Soltero, Casado, Divorciado, Viudo; b)**Derivación de la filiación**: Parientes (Ascendientes, descendientes, colaterales, por consanguineidad o afines), Extraños, c)**Estado Civil Político**: Nacional, Extranjero; d)**Persona por su realidad corporal**: Persona por nacer, refiriéndonos al concebido, Persona nacida.*

*Las personas jurídicas colectivas, son una ficción del Estado, una creación de la ley, de la doctrina; son entes o grupos que se forman por voluntad de sus miembros, con algún propósito final o aspiración común, adecuando su funcionamiento a las normas del ordenamiento jurídico. Entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones que no son personas de existencia visible. Existen los siguientes tipos de personas jurídicas: 1. **Públicas**: El Estado, Los Municipios, Universidades, Gobernaciones, Entidades Públicas reconocidas por la CPE y Leyes. Tienen existencia necesaria y se hallan revestidas de soberanía o potestad pública, que ejercen la autoridad o imperio que la ley les otorga están al servicio de la sociedad. 2. **Privadas**: Estas responden a intereses netamente privados, son de existencia posible y no necesaria, están reglamentadas por la normativa jurídica que autorizan su funcionamiento, son creadas por acuerdo de voluntades, que convergen en un interés común y que se expresan en un instrumento legal constitutivo que se llama Constitución de Sociedad que varía de acuerdo a la naturaleza del ente y se extinguen por disposición en su constitución por liquidación, por disolución, transformación, fusión, etc.: a) Asociaciones: Mutualistas, Gremialistas, Corporativas, Asistenciales, Religiosas,*

*Deportivas; b) Fundaciones; c) Sociedades civiles, reguladas en el Código Civil; d) Sociedades comerciales, reguladas en el Código de Comercio; e) Puramente ideales: Asociaciones de hecho, Comités sin personería.*

## TEMA No. 9

### DIVISIÓN DEL DERECHO POSITIVO

#### 9.1. ORIGEN DEL DERECHO POSITIVO.

El punto de partida de la división del derecho en público y privado se halla en el libro de las instituciones de Ulpiano.

Según el referido texto, el derecho público concierne a la utilidad del Estado y el privado a la de los particulares. **Publicum ius est, quod ad statum rei romano spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem.**

La recepción del derecho romano, hizo llegar la referida distinción a los países europeos, cuya historia política revela, en sus diversos momentos, el predominio de una u otra forma del derecho.

La necesidad de acentuar el poder soberano del príncipe en las monarquías absolutas, se tradujo en la preponderancia del derecho público sobre el privado. Por otra parte, el llamado “Estado de Derecho” como sistema político dirigido hacia la protección de los derechos individuales, se caracteriza por el auge del derecho privado.

Savigny admite que el derecho se divide en dos ramas: el político y el privado “uno tiene por objeto el Estado, es decir la manifestación orgánica del pueblo; el otro contiene todas las relaciones de derecho existentes entre los particulares<sup>87</sup>”.

## 9.2. DERECHO POSITIVO Y DERECHO VIGENTE

La diferencia entre el derecho positivo y el derecho vigente es impuesta por la realidad. En efecto, hay normas instituidas como derecho positivo pero que por una u otra causa no son cumplidas por el pueblo; un ejemplo es la llamada ley del anonimato referida en el capítulo XXVIII, positiva pero no vigente. El Derecho vigente es aquella parte del derecho positivo realmente aceptada, obedecida y practicada por la sociedad, ósea que la conducta de los individuos se ajusta a lo prescrito por la norma<sup>88</sup>.

## 9.3. CLASIFICACIÓN GENERAL ENTRE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

Es respaldada por las escuelas romana, histórica, del sociologismo y positiva, justificando el fin que persigue cada uno:

- **Escuela romana.** Es público si expresa el interés público. Es privado si expresa el interés privado.
- **Escuela histórica.** Es público si el estado es el fin. Es privado si el individuo es el fin.
- **Escuela del sociologismo.** Es público si protege la propiedad del Estado y de la Iglesia. Es privado si protege la propiedad individual, es colectivo si protege la propiedad comunitaria.
- **Escuela positiva.** Es público cuando la obligación se impone a los sujetos sin su intervención. Es privado si su obligación se forma con su consentimiento<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> Alzamora Valdez Mario “Introducción a la ciencia del derecho” Pág. 182-183.

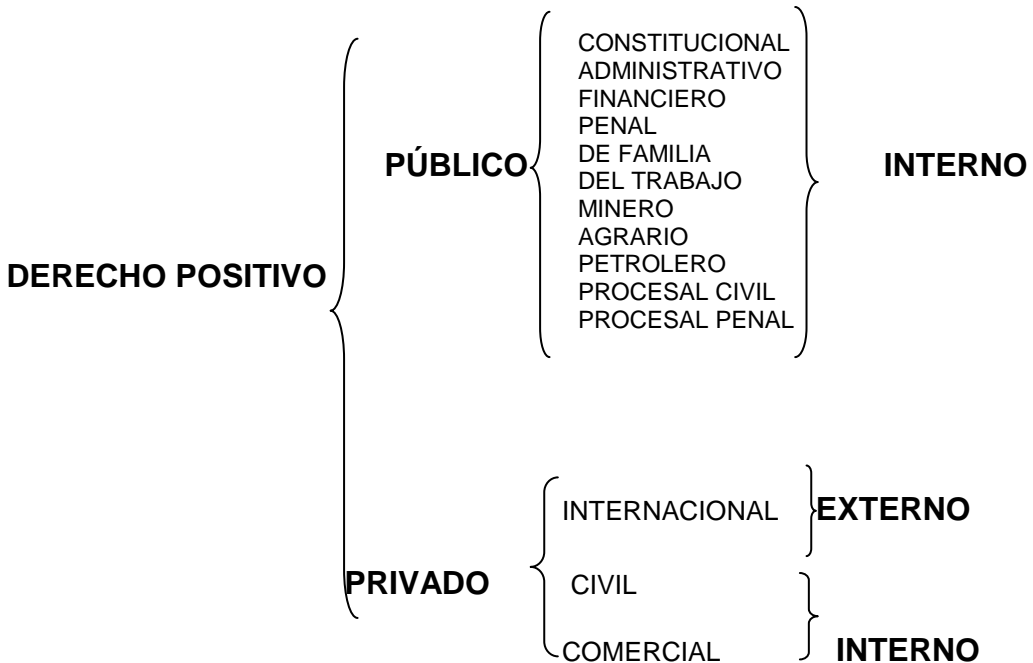
<sup>88</sup> Moscoso Delga Jaime “Introducción del Derecho” ed. Juventud Pág. 426.

<sup>89</sup> Zubietta Valencia Pedro “Introducción al derecho” Ed. Pardal y Cia. Pag. 268-269.

## 9.4. DIVISIÓN DEL DERECHO POSITIVO EN PÚBLICO Y PRIVADO

La ingente cantidad de normas positivas en vigor es dividida en grupos, de acuerdo de la índole específica de las relaciones que rigen; o sea por su contenido. Así, hay derecho civil, derecho minero, derecho comercial, derecho penal, derecho constitucional, etc.

Para mejor comprensión a continuación se verá un esquema de los dos grandes sectores del derecho que no es estático, pues las actividades humanas en continua evolución requieren de una legislación actualizada constantemente y a tono con las exigencias del momento<sup>90</sup>.



## 9.5.- DERECHO INTERNO

El derecho interno es también denominado derecho nacional, debido a que regula la relación del Estado con la sociedad, constituyéndose en la máxima expresión de la estructura jurídica del Estado la Constitución

<sup>90</sup> Moscoso Delgado Jaime "Introducción al Derecho" Ed. Juventud Pág. 427.

Política del Estado Plurinacional y demás normas subordinadas a esta, con competencia y jurisdicción dentro del territorio nacional.

## **9.6. DERECHO EXTERNO**

El derecho externo también denominado derecho internacional tiene la finalidad de regular las relaciones de los Estados nacionales y este con los organismos internacionales, por su naturaleza jurídica se clasifican en: derecho internacional privado y público; el primero, tiene la finalidad de regular las relaciones de los particulares y el segundo, las relaciones entre Estados y organismos internacionales.

## **9.7. RAMAS DEL DERECHO PÚBLICO**

Es el conjunto de normas que regulan la constitución y actividad del Estado y las relaciones del Estado que tiene con los particulares, consecuentemente tiene la finalidad de regular las relaciones en las cuales el Estado cuenta con el poder soberano, es decir el Estado haciendo uso de sus facultades regula el régimen de las relaciones del Estado con la sociedad y este con sus gobernados sobre bases de subordinación.

Por otra parte, el derecho público tiene la finalidad de precautelar el interés de la sociedad y la colectividad, en este sentido este derecho se divide en derecho constitucional; derecho político, derecho administrativo, derecho financiero; derecho penal; derecho Procesal y otros, que por su importancia pasamos a definir cada una de los derechos mencionados:

### **9.7.1. DERECHO CONSTITUCIONAL**

El derecho constitucional es el conjunto de normas jurídicas que regulan derechos y deberes de los ciudadanos y organiza la estructura del Estado. En primer término atienden a la organización del Estado, su régimen político y la forma de gobierno, determinan las atribuciones y funcionamiento de los poderes públicos, dan reglas para la formación

de normas generales e individuales, fijan las relaciones entre el Estado y los particulares<sup>91</sup>.

### **9.7.2. DERECHO ADMINISTRATIVO**

Derecho administrativo es aquella rama del Derecho público que se encarga de estudiar la organización y funciones de las instituciones del Estado, en especial, aquellas relativas al poder ejecutivo.

Tradicionalmente, se ha entendido que Administración es una subfunción del Gobierno encargada del buen funcionamiento de los servicios públicos encargados de mantener el orden público y la seguridad jurídica y de entregar a la población diversas labores de diversa índole (económicas, educativas, de bienestar, etc.).

### **9.7.3.- DERECHO FINANCIERO**

El Derecho financiero es una rama del Derecho público que se ocupa de ordenar los ingresos y los gastos públicos, normalmente previstos en el presupuesto general del Estado.

La actividad financiera del Estado genera un conjunto de relaciones jurídicas entre los distintos órganos públicos. Esta actividad financiera del Estado genera relaciones jurídicas entre el estado y los particulares, y se da en dos situaciones: la primera en que el Estado asume un papel activo, por ejemplo al cobrar tributos, y un papel pasivo cuando se convierte en deudor en caso de un préstamo.

### **9.7.4. DERECHO PENAL**

El Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena, medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica.

---

<sup>91</sup> Moscoso Delgado Jaime "Introducción al Derecho" Ed. Juventud Pag. 437.



Cuando se habla de Derecho penal se utiliza el término con diferentes significados, de acuerdo a lo que se desee hacer referencia; de tal modo, podemos mencionar una clasificación preliminar tal como: Derecho penal sustantivo, y por otro lado, el Derecho penal adjetivo o procesal penal.

#### **9.7.5. DERECHO DEL TRABAJO**

El derecho del trabajo, se define como “el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de empresarios y trabajadores, y de ambos con el estado, a los efectos de la protección y tutela del trabajo”.

#### **9.7.6. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

El actual sistema de Derecho internacional público puede caracterizarse como el conjunto de normas jurídicas y principios que las jerarquizan y coordinan coherentemente; destinadas a regular las relaciones externas entre, sujetos soberanos, los Estados, y otros sujetos (organizaciones internacionales) a los cuales también se les confiere soberanía, cuando actúan en el marco de una sociedad internacional; con el propósito de armonizar sus relaciones, construyendo un ideal de justicia mutuamente acordado por ellos, en un marco de certeza y seguridad que permita realizarla.

#### **9.7.7. DERECHO PROCESAL CIVIL**

Según Eduardo Couture define el proceso civil como “un debate cuyo fin es solucionar un conflicto de intereses por actos de la autoridad”.

#### **9.7.8. DERECHO PROCESAL PENAL**

El proceso penal es el instrumento obligado e inevitable con que los órganos jurisdiccionales competentes (jueces y tribunales) verifican el hecho delictuoso, constatan con lo perpetrado y luego lo condenan a la pena prescrita, en aplicación de la ley penal. En dicha individualización se respeta las garantías constitucionales de defensa del imputado, y su tramitación se sujeta a la normas de procedimiento penal<sup>92</sup>.

#### **9.7.9. DERECHO DE FAMILIA**

---

<sup>92</sup> Moscoso Delgado Jaime “Introducción al Derecho” Ed. Juventud Pag. 513.

El derecho de familia es el conjunto de normas que rigen la constitución, organización y disolución de la familia como grupo, en sus aspectos personales y de orden patrimonial<sup>93</sup>.

## **9.8. RAMAS DEL DERECHO PRIVADO**

Es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre personas particulares entre si, en esta esfera también se encuentran las relaciones establecidas entre las personas privadas y el Estado, cuando actúa como sujeto particular. Ej.: un contrato de arrendamiento de un inmueble para oficinas de alguna repartición oficial.

Esta disciplina estudia las relaciones jurídicas entre los particulares sobre las bases de diferentes ramas del derecho que pasamos a describir:

### **9.8.1. DERECHO CIVIL**

El Derecho civil constituye la rama principal del derecho privado etimológicamente viene de la palabra latina *ius civile* (*ius*=derecho y *civile* =ciudad y sus ciudadanos).

El derecho civil se ocupa de las personas de tal índole de las relaciones de la familia y de los actos patrimoniales. En algunos casos los entes públicos quedan sometidos a las normas de derecho civil, cuando sus relaciones con otras personas no son de subordinación sino de coordinación<sup>94</sup>.

### **9.8.2. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

Es el conjunto de reglas indicadoras del derecho aplicable a un caso *ius privatista* con elementos extranjeros, inspirándose el mismo en el respeto a la particularidad de dichos elementos extranjeros<sup>95</sup>. (Werner Goldschmidt sistema y filosofía).

---

<sup>93</sup> Henri, León y Jean Mazeaud "Lecciones de derecho civil (traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, vol. 3 Ed. Jurídicas Europea- América, Buenos Aires, 1968 Pág. 4.

<sup>94</sup> Alzamora Valdez Mario "Introducción a la ciencia del derecho" Pág. 218.

<sup>95</sup> Alzamora Valdez Mario "Introducción a la ciencia del derecho" Pág. 224.

### **9.8.3. DERECHO COMERCIAL**

El derecho comercial, es la rama del derecho privado que rige “las relaciones jurídicas especiales derivadas de los actos de comercio y de las actividades que desarrollan los comerciantes<sup>96</sup>, mediante la cual las personas hacen de intermediario entre el productor y el consumidor, para este efecto se ha creado instituciones como la Cámara Nacional de Comercio.

---

<sup>96</sup> Alzamora Valdez Mario “Introducción a la ciencia del derecho” Pág. 220.

## **TEMA No. 10**

### **LA INTERCULTURALIDAD Y PLURALISMO JURÍDICO EN BOLIVIA**

#### **10.1. ORIGEN ETIMOLÓGICO DE INTERCULTURALIDAD**

La interculturalidad según Josef Esterman dice “...que la interculturalidad tiene su origen etimológico en el latín inter: entre presupone la multi – y transculturalidad, pero rechaza tajantemente la ideología de la súper – y supraculturalidad y ofrece otro modelo de “universalidad” que no sea supracultural. La “interculturalidad” describe las relaciones simétricas y horizontales entre dos o más culturas con el fin de enriquecerse mutuamente y contribuir a la mayor plenitud humana

#### **10.2. RELACIONES ENTRE CULTURAS**

En la humanidad se fue desarrollando una diversidad de expresiones culturales vinculadas al poder político, económico, social e inclusive militar las mismas que fueron motivo de conquista, subyugación y exterminio en las manos de emperadores, conquistadores, ejércitos e invasores, provocado una especie de jerarquías de culturas expresadas en la sobreposición de una sobre la otra, por ejemplo<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> Estermann Josef “Interculturalidad” Ed. Instituto Superior Ecueménico Andino Teología Pág. 26

“...en Abya Yala, antes de la llegada de los conquistadores, se produjo la predominancia de la “cultura incaica” sobre las culturas conquistadas (tiwanacota, wari, puquina, urú, etc.). y , para tomar un ejemplo contemporáneo no- occidental, en la china actual, se manifiesta la supremacía de la cultura “han” sobre las culturas subalternas (ugura, mongola, tibetano y otras)”. Durante todo este proceso, las relaciones se han generado en forma asimétrica lo que ha motivado una desigualdad en el diálogo intercultural debido a la influencia económica, política, social e ideológica, por ésta razón y con fines estrictamente pedagógicos es necesario diferenciar las distintas formas de dominio cultural y las ideologías que los sostienen:

- ❖ **Monoculturalidad.** El concepto de “monoculturalidad” se basa en una identidad cultural nacional única, a la que tienen que someterse todas las demás identidades culturales (si las hay o son visible). La “monoculturalidad” se puede dar en diferentes niveles: regional, nacional y mundial. Los estados nacionales trataron, a la hora de constituirse, de definirse en base a una ideología nacional que se precisa por serie de monas (griego para “uno solo”): una lengua, un sistema económico, un sistema jurídico, un régimen central y una sola cultura. En los países latinoamericanos surgidos de la colonia, se seguía después de la independencia política con una supuesta identidad “mestiza” “criolla” o “latina”, en desmedro de las muchas culturas invisibilizadas o marginal. Además, se implementó una identidad nacional (en el sentido del Estado-Nacional) artificial, tal como la bolivianidad, peruanidad, chilenedad, secundada por la educación y el uso de los símbolos patrios.

A nivel mundial, la “monoculturalidad” sólo puede sostenerse mediante un proyecto económico, político y militar globalizante. En nuestra era de la globalización económica y mediática, una “cultura del mercado” difusa intenta imponerse a todas las culturas existentes, muchas veces mercantilizando a las culturas subalternas dentro de su lógica neoliberal y consumista.

- ❖ **Multi- o Pluriculturalidad.** El concepto de “multiculturalidad” (o pluriculturalidad) afirma, en un primer momento, simplemente la existencia de “muchas” (multus: latín para “mucho”) o “varias” (pluris: latín para “vario”) diferentes culturas en un cierto ámbito geográfico o político (por ejemplo en un país). Siempre han existido muchas culturas sobre la faz de la tierra, pero lo novedoso es la toma de conciencia de la pluralidad de culturas en un mismo espacio geográfico. En América Latina, hasta los años 80 del siglo XX regia una homogeneidad (y religiosa), definiendo la identidad cultural del continente como “mestiza” o “latina”. La emergencia de los pueblos originarios de Abya Yala y los pueblos afrodescendientes viene a cuestionar esta homogeneidad cultural o “monoculturalidad”.

El reconocimiento de la multi- o pluriculturalidad-tal como fue integrada a la constitución del Estado en su reforma de 1994- ha sido un paso importante hacia la interculturalidad plena, pero como tal no va más allá de la simple constatación de la existencia paralela de distancias culturales en el territorio nacional. La posmodernidad asume justamente el discurso de la “pluralidad cultural” como un avance frente a los grandes discursos “monoculturales” de la modernidad occidental. Pero tampoco plantea la cuestión de las relaciones entre culturas, ni las múltiples intersecciones, hibridaciones y choques. En una “sociedad multicultural”, las diferentes culturas y sus representantes pueden vivir lado a lado, sin que haya un encuentro, intercambio o dialogo. Hasta la sociedad racista del *apartheid* sudafricano era “multicultural”.

- ❖ **Supra o Metaculturalidad.** El concepto de “supraculturalidad” (del latín supra: “encima”) o “metaculturalidad” (del griego meta: “encima”; “mas allá”) pretende establecer la universalidad de ciertos valores, normas, significados y verdades, recurriendo a un “mundo” mas allá de cualquier determinación cultural es decir: por encima (supra o meta) de toda cultura particular. Así se presenta a los Derechos Humanos, en su declaración de 1948, como valores que tienen vigencia y rigidez más allá de

cualquier tradición la tradición cultural y civilizatoria. Se trata de “verdades” meta-físicas y esenciales (tal como la idea platónica o el dogma cristiano) que no pueden ser transformadas ni modificadas por una cierta cultura.

Si bien es cierto que siempre fueron sostenidas verdades “supraculturales”, estas normalmente han sido declaradas y definidas como tales por una cierta cultura, normalmente la dominante. La idea del “ser humano”, tal como ha sido definida por la filosofía grecorromana y perpetua por la tradición cristiana, refleja, sin embargo, un sesgo cultural determinado: se trata del “ideal” masculino, adulto, sano, heterosexual y libre. Los Derechos Humanos en su Declaración Universal de 1948, reflejan un espíritu liberal e individualista, espejo de una tradición filosófica particular.

La supra- o metaculturalidad “resuelve” el problema de la universalidad o universalización de ciertos valores, verdades y significados por el recurso a un a *priori* humano y lógico (la llamada “filosofía perenne”), sin tomar nota de la “culturalidad” misma de este supuesto a *priori*. Consecuencia: se llega a universalizar o hipostasiar (elevando a una esencia más allá del tiempo y espacio) una cierta cultura particular, en desmedro de unas sin número de respuestas alternativas a la misma cuestión. Respecto a la filosofía y teología, la tradición occidental se ha concebido (y lo sigue haciendo) no sólo como la dominante o mejor, sino como la única y universalmente válida. Su afán supra- o metacultural se expresa en el rechazo de asumir su propia contextualidad cultural, considerando expresiones como “teología occidental” como tautología y “filosofía indígena” como contradictoria. Cuando, por ejemplo, se empieza a hablar de “teología o filosofías contextuales”, Occidente se excluye y se refiere a teologías filosóficas no – occidentales, como si la propia teología o filosofía no fuera contextual.

- ❖ **Superculturalidad.** Este concepto establece una jerarquía entre las culturas existentes, de modo que una cierta cultura se siente

“mejor” y “superior” (del latín súper: “más que”; “por encima de”) en comparación con las demás culturas. La “súper-cultura” domina a las demás que son consideradas “sub-alterna”.

El proceso por el cual una cierta cultura (o civilización) llega a un dominio hegemónico sobre los demás, no tiene que ver en primer lugar con una “superioridad” intrínseca, sino con procesos políticos, económicos y militar. La súper-cultura en la antigüedad occidental fue la griega, seguida por la romana, pero al mismo tiempo había ya una súper-cultura china en un ámbito geográfico todavía incomunicado. La súper-cultura pre-colonial en los Andes fue la incaica, pero al mismo tiempo existió en Mesoamérica, por ejemplo, la súper-cultura maya.

Recién en el área de la modernidad occidental y su expansión mediante el colonialismo, una súper-cultura –la occidental– supo imponerse, secundada por las ciencias, la tecnología la religión y el ejército. A través de la globalización neoliberal que empieza en los 80 del siglo pasado, impulsada principalmente por EE.UU., una nueva “súper-cultura” empieza a dominar; a esta se suele llamar la “cultura” del consumismo, hedonismo e individualismo norteamericano, o simplemente la “cultura coca-cola” que corresponde a una súper potencia económica y militar. Sin embargo, hoy en día apreciamos muchos indicios de una crisis profunda de esta súper-cultura.

La ideología de la “superculturalidad” sostiene el carácter jerárquico y asimétrico de las relaciones entre culturas; no puede haber equidad y simetría cultural, porque haya “mejores” y/o “peores” culturas, lo que se traduce en la ideología del desarrollismo- en culturas “avanzadas” y culturas “retrogradadas”. En el supuesto “choque de civilizaciones” (Samuel Huntington), la “civilización occidental” avanzada se ve frente a una “civilización musulmana” retrograda (en Afganistán se habló de una cultura “bárbara”). Lo mismo se puede ver también en muchas de los países latinoamericanos: una élite blancoide y mestiza viene defendiendo la “superioridad” de la cultura



occidental (ciencia, tecnología, religión) frente a las culturas indígenas consideradas “anticuadas” y “primitivas”

- ❖ **Transculturalidad.** El concepto de “transculturalidad” (del latín *trans*: “más allá de”; “por medio de”) toma en cuenta los procesos históricos de cambio y transformación culturales. Una cultura real es el resultado de múltiples superposiciones, interferencias, modificaciones, negociaciones, selecciones reestructuraciones de elementos culturales diversos que llevan a una “hibridación” cultural. Las culturas de ayer se han “transcedido” hacia las culturas actuales, y las culturas de hoy van a “trans-ceder” hacia culturas inéditas.

La llamada “cultura occidental”, por ejemplo, es el resultado “trans- culturas” de las culturas grecorromanas (helénica) y judeo-cristiano (semita), y la “cultura andina” actual es el efecto “transcultural” de una cultura precolonial inca-tiwanakota-wari-pukura y la cultura hispana-europea. En el proceso de “transculturación”, puede haber mecanismos de violencia y dominación- como en el caso de América Latina-, pero también pueden darse ejemplos de un proceso más o menos orgánico (como las subculturas de las “tribus urbanas”).

Cada cultura existente, por más pura que se crea, ha pasado por procesos de “transculturación”. Y este proceso no se detiene, aunque nadie sabe cómo van a ser estos procesos en el siglo XXI. Lo que era lo “andino” en tiempos pre-coloniales, no es lo “andino” de hoy día y seguramente lo “andino” de mañana va a diferir tanto del uno como del otro. Si el proceso de transculturación se articula con el intercambio y dialogo interculturales, se suele hablar de un proceso de “inter-transculturación”.

- ❖ **Etnocentrismo.** Antes de pasar a esta profundización, es preciso decir algunas palabras sobre un concepto que se usa últimamente con mayor frecuencia y énfasis. La palabra “etnocentrismo” (tal vez fuera mejor hablar de “culturocentrismo”

o “centrismo cultural”) quiere decir que una cierta filosofía, concepción del mundo, religión e ideología se apoya para su validez en la perspectiva de una “etnia” (pueblo; nación) determinada e interpreta todos los fenómenos desde este punto de vista peculiar.

En principio, todos y todas tenemos nuestra perspectiva cultural propia que normalmente es la óptica de nuestra cultura de origen. Juzgamos entonces los fenómenos que se nos presentan dentro de los parámetros culturales propios. Como andinos/as nos parece “raro” que los/as hindúes no se dan la mano ni se abrazan, que las y los musulmanes no coman carne de cerdo y que las *wawas* de los/as europeos/as no duerman con sus padres. Este “asombro” por la alteralidad cultural puede convertirse en una postura culturo- o etnocéntrica (que pone al centro la propia cultura y/o étnica), cuando empezamos a emitir juicios de valor: “lo nuestro es mejor que lo otro”.

Existen muchos tipos de “etnocentrismos”, empezando por un eurocentrismo u occidentocentrismo aún fuertemente presente, incluso entre miembros de culturas no-europeas. Por la formación “eurocéntrica” de gran parte de la población de América Latina, hemos hecho “nuestro” el punto de vista ajeno, no hemos llenado de “introyectos” foráneos que determinan a la hora de nuestro juicio de valor. Este tipo de “alienación cultural” conlleva traiciones culturales, una suerte de apostasía cultural, sobre todo en las relaciones inter-generacionales.

Pero también hay etnocentrismos regionales, tal como, por ejemplo, la exaltación de una identidad “camba” o “colla” y una lectura totalmente sesgada de la realidad multicultural de Bolivia. Existen un etnocentrismo chino que exalta la etnia *han*, un etnocentrismo hindú del movimiento *hindutva*, un etnocentrismo ruso frente a las minoría no-rusas de la federación Rusa, etc.

### Ejemplo de dos culturas de tipo ideal

<b>Culturas individualistas</b>	<b>Culturas colectivas</b>
Identidad a través del “yo”	Identidad a través del “nosotros”
Objetivos individuales	Objetivos grupales
Lo que ocurre entre individuales tiene prioridad	Lo que ocurre en el grupo tiene prioridad
Interacción voluntaria	Lo que ocurre en el grupo tiene prioridad
Liderazgo de personas	Liderazgo del grupo
Mundo occidental nor-atlántico	Mundo indígena, árabe, africano, asiático.

- ❖ **Intraculturalidad.** La intraculturalidad no tiene que ver con relaciones entre diferentes culturas, sino con relaciones y características dentro de una misma cultura. La gran mayoría de relaciones que entablamos en nuestras vidas, son intraculturales, salvo en el caso que somos inmigrantes de otra cultura o viajamos con gran frecuencia a lugares de contextos culturales distintos.
- ❖ **Interculturalidad.** El concepto de interculturalidad tiene su origen etimológico en el latín inter: entre presupone la multi – y transculturalidad, pero rechaza tajantemente la ideología de la súper – y supraculturalidad y ofrece otro modelo de “universalidad” que no sea supracultural. La “interculturalidad” describe las relaciones simétricas y horizontales entre dos o más culturas con el fin de enriquecerse mutuamente y contribuir a la mayor plenitud humana.

### 10.3. LOS PRINCIPIOS DE LA INTERCULTURALIDAD EN BOLIVIA

Bolivia desde su fundación ha desarrollado su vida institucional, política y jurídica, bajo el influjo de concepciones generadas por el liberalismo, socialismo, el comunismo y otras tendencias que no reflejaban los derechos, la cultura, los valores y los sustentos filosóficos de vida y justicia de la diversidad cultural y multiétnica. Por el contrario, la historia

republicana ha sido marcada por la dependencia filosófica e ideológica de quienes a su turno creían tener el poder monopólico sobre los pueblos y naciones sometidas a lineamientos sociales, económicos, políticos, culturales, jurídicos y de otra índole que no permitieron un dialogo de coexistencia de las diversas culturas.

En ese contexto, después de centenares de años y con la lucha permanente de las mayorías oprimidas, los sectores populares, los pueblos indígenas originarios campesinos, junto a las clases medias comprometidas con las reivindicaciones de los derechos y la búsqueda de la justicia social, en el mundo y especialmente en Latinoamérica donde se encuentra nuestro país, se fue gestándose gradualmente un nuevo paradigma del derecho y la justicia, destinada acortar las profundas asimetrías generadas por una deuda histórica de más de 500 años de sometimiento, dependencia, marginalidad y discriminación, legalizada por la sobreposición jurídica del poder monopólico, hegemónico y dogmático del derecho positivo, impidiendo la revalorización, el reconocimiento y la incorporación de otros derechos, como el de los pueblos indígenas originarios campesinos.

Motivo por el que en Bolivia se genera una ruptura epistemológica destinada a revalorizar y reivindicar el interculturalismo como concepción destinada a encontrar un dialogo e intercambio de culturas, que va más allá de las posiciones tradicionales o del análisis retórico descriptivo, toda vez que en este intercambio de realidades históricas, experiencias vivas y conocimientos se encuentra principios, fines valores y normas de conducta orientadas a la solidaridad, reciprocidad, complementariedad, relacionalidad y otros fundamentos filosóficos rectores de una cosmovisión practica, armónica y holística, destinada al reencuentro no sólo con el pasado, sino con el futuro, para lo cual se observa la imperiosa necesidad de reconstituir y revalorizar los valores históricos, sociales, humanos, morales, culturales, tradicionales y jurídicos como una paradigma de vida y justicia basada en la racionalidad holística como eje fundamental de las transformaciones jurídicas e institucionales del Estado plurinacional de Bolivia.

En este diálogo intercultural de coexistencia y de relación de convivencia entre personas o culturas de diferentes orígenes, con respeto, reconocimiento mutuo, tolerancia, equidad, igualdad, justicia y solidaridad, con el fin de desarrollar niveles positivos de creatividad y productividad comunes para la vida social, sin perder los propios rasgos de identidad<sup>98</sup>. En este contexto el interculturalismo surge como respuesta alternativa a los planteamientos y formulaciones universales que históricamente siempre adolecieron de sustento real y objetivo sobre las necesidades y requerimientos de las grandes mayorías, compuesto por personas afrobolivianos, indígenas originarios y campesinos y movimientos sociales que expresan el fracaso de las estructuras del universalismo ideológico, político, económico y jurídico marcadas por su accionar irracional e incomprensible que tuvo que soportar las características que motivan su declive y dan lugar al fortalecimiento de una “ Tercera vía denomina interculturalismo que comporta una posición de igualdad de las culturas, apoyado en tres fundamentos: 1) Epistemológico, 2) Ético e 3) histórico. Sustentado en cuatro principios generales que constituyen la base fundamental de la interculturalidad como elementos que posibilitan su comprensión y análisis, a partir de los siguientes principios<sup>99</sup>:

**10.3.1. Principio de igualdad entre las culturas.** Cuando se refiere al término de igualdad de las culturas se hace necesario observar la trayectoria con subidas y bajadas, impidiendo limitarse a los productos culturales concretos de los que se puede establecer sus efectos positivos o negativos. Sin embargo, este principio que ha merecido cuestionamientos, debido a que se constituye una especie de “oveja negra” ya que quizá muchos estén de acuerdo en admitir la igualdad de las culturas, pero no el igual valor de las mismas. Al respecto varios autores consideraron que la igualdad es una apreciación subjetiva, debido a que los miembros cada una de las culturas consideran que la suya es o tiene mayor o igual valor que las demás culturas.

---

<sup>98</sup> Asamblea y proceso constituyente , Análisis de Propuestas para un nuevo tiempo REPAC , MARZO 2007

<sup>99</sup> Soriano Díaz, Ramón, las razones del interculturalismo, Catedrático de filosofía del derecho en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, texto publicado en la Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, el año 2008

Consecuentemente el criterio de igualdad objetiva de las culturas en diálogo intercultural no se establece tomando en cuenta los lineamientos de la concepción del derecho romano o el pensamiento liberal, por el contrario se toma como indicadores aspectos relacionados con la identidad, la historia, las características culturales, las condiciones de vida, las necesidades racionales, los usos sociales, las costumbres y las aspiraciones naturales y sociales que motiven la reivindicación y revalorización de sus derechos intrínsecos y extrínsecos basados en la búsqueda del buen vivir.

**10.3. 2. Principio de la ética procedimental de convergencia.** Se relaciona con la ética comunicativa, la misma que permite concretar una serie de reglas de la argumentación, cuya observancia legítima adopta un principio de universalización destinada a otorgarle validez a las diversas propuestas adoptadas por consenso de todos y cada uno de los participantes admitiendo los efectos que derivarían de su aplicación en la realidad social. Lo cual permite contar con reglas de la argumentación simétrica en el discurso en cuanto a los participantes, la forma, el procedimiento y el acuerdo.

En consecuencia, el hecho de haber adoptado la ética “comunicativa habermasiana” denominada “ética procedimental de las culturas” a logrado relaciones interculturales en doble sentido: 1) la ética de convergencia, referida exclusivamente a las relaciones externas interculturales, y 2) la ética de convergencia, que sume las reglas básicas de la argumentación de la ética comunicativa, incorporando principios y reglas de la ética en el propio discurso interno de cada cultura, bajo ciertas normas procedimentales de convergencia formadas por las siguientes reglas:

- a) **Regla de la alteridad.** Consistente en poner en lugar del otro o sustituyendo el tradicional etnocentrismo practicado por las culturas por un transculturismo, que supere las diferencias y distancias y nos permita comprender al otro en si mismo y no a través de nuestras pautas culturales.

- b) **Las regla de la reciprocidad.** Supone intervenir cooperativamente con las otras culturas en la búsqueda de acuerdos y compromisos, de la misma manera que esperamos que ellas se comporten con nosotros.
- c) **Reglas de la autonomía.** Motiva la libertad de las culturas en cuanto a su expresión e intercambio en las relaciones culturales, sin recibir mediatizaciones que puedan venir del exterior o de grupos dominantes.
- d) **La regla de la argumentación.** Consistente en la observancia del diálogo intercultural, en el marco de las reglas objetivas internas del discurso adoptado por las relaciones interculturales que buscan la simetría como concreción del principio de la igualdad de las culturas.

**10.3. 3. Principio del punto cero en el intercambio intercultural.** La diversidad cultural, nos da pautas para comprender que son demasiado diferentes entre sí para pretender algo distinto al punto cero en sus relaciones. Razón por la cual, en el análisis se establece que la “cultura occidental tiene diferentes características de ver la realidad entre las cuales se encuentra una forma racionalista de ver, pensar, actuar, interpretar la naturaleza, la sociedad y la realidad, generalmente se observa como algo inerte,” separado de la relación hombre, sociedad, naturaleza, divinidad y otros entornos que manifiestan valores filosóficos, sociales, consuetudinario, divinos, económicos, jurídicos y de otra índole.

En el caso Boliviano existen diversas cultúralas que tienen una cosmovisión diferente a la occidental que piensan bajo argumentos filosóficos que mantienen a la naturaleza viva uniendo armónicamente con el hombre, la sociedad y lo simbólico y lo místico como un medio que enaltecen las cualidades de relacionalidad, correspondencia, complementariedad y la reciprocidad como principios rectores de una visión holística.<sup>100</sup> Por esta razón el punto cero en el intercambio

---

<sup>100</sup> Vargas Flores, Arturo, Derecho Comunitario e indígena, Pág. 75, La Paz Bolivia, Realización Técnica INF@DIGITAL

cultural quiere decir que no hay reservas previas ni cuestiones innegociables. Sin embargo el liberalismo en su seno tiene tres posiciones sobre el interculturalismo:

- a) La primera se encuentran dispuestas al intercambio cultural, siempre que éste no afecte a la reserva de principios innegociables e indiscutibles, lo que significa que las culturas inferiores asuman progresivamente la formación y la educación progresivas de los valores de la cultura superior.
- b) La segunda sostienen, que se reservan el derecho de interpretar la parte sustantiva según cánones liberales, posterior a ello todo puede ser discutido.
- c) La tercera postura, sostiene que no existe reservas, ni interpretaciones unidireccionales, consecuentemente no se puede entrar o salir de las orientaciones existentes.

Las tres posiciones demuestran que no se acepta el punto cero de partida, la igualdad en el inicio del intercambio, que trae causa y es consecuencia del punto primero: el rechazo de la igualdad de las culturas.

#### **10.3.4. PRINCIPIO DEL UNIVERSALISMO HIPOTÉTICO DE PUNTO FINAL EN EL INTERCAMBIO CULTURAL.**

“La finalidad del intercambio cultural es conseguir acuerdos asumidos por el conjunto de las culturas en el proceso discursivo. Frente al universalismo liberal de partida, el universalismo intercultural de llegada (si a él se llega) tras la puesta en común de los puntos de vista de cada cultura. Hablar de universalismo- ya sea de entrada o de salida-es quizás demasiado atrevido. El Universalismo liberal inicial no cumple los principios del interculturalismo (como yo lo concibo). Infringe los principios anteriores del interculturalismo, ya descritos: la igualdad de las culturas y la posición cero de las mismas en el inicio del discurso.

También es atrevida, por excesiva, la defensa de un universalismo final. Pretender un universalismo final de las culturas tan diversas en el momento actual del intercambio cultural- por muy acelerados que sean los procesos de aculturación: de ósmosis y simbiosis cultural- me



parece una utopía. De conseguirlo, se trataría las circunstancias. Más bien debemos contentarnos con acuerdos sectoriales parciales de llegada, es decir, la asunción por un conjunto de culturas de determinados principios comunes. Que con el tiempo pudieran generalizarse, y quizás (con mucha conversación e intercambios por delante) concluir en universalismo final a término (propuestas asumidas por todas las culturas).<sup>101</sup>

Por lo anteriormente expuesto se establece que la interculturalidad no sólo es el derecho a la diversidad y el respeto a las diferencias sino que fundamentalmente se constituye en un proceso cualitativo de actitudes y relación entre personas, grupos, instituciones o sociedades con diferentes códigos culturales, desde la simple coexistencia multicultural a una compleja dinámica social pluricultural, destinada a encontrar en el diálogo intercultural problemas divergentes y convergentes de sustento teórico y práctico, orientados por una racionalidad de coexistencia y toma de conciencia social, cultural y jurídica. De este intercambio de culturas nace los cimientos para las transformaciones del Estado plurinacional de Bolivia, dando lugar al multiculturalismo y pluralismo jurídico como medios no sólo de inclusión social y cultural , sino con la expectativa de establecer los límites, coordinación y deslinde de los sistemas jurídicos que coexisten en nuestro país sustentado en los presupuestos ontológicos, axiológicos y deontológico destinadas no sólo a la búsqueda de regular la conducta humana, sino expresada en la búsqueda del buen vivir.

### **10.4. IDENTIDAD CULTURAL Y EL INTERCULTURALISMO**

El termino identidad, significa lo propio e inalienable de una persona por extensión, identidad y cultura que viene a ser propio e idealmente inalienable de una cultura, en consecuencia la identidad cultural manifiesta un conjunto de significaciones que configuran y marcan diferencias por la existencia de diversas formas de vida y concepción

---

<sup>101</sup> Soriano Díaz, Ramón, las razones del interculturalismo, Catedrático de filosofía del derecho en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, texto publicado en la Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Pág.110, el año 2008

de la realidad generadas desde adentro y fuera de la misma, admitiendo en su formación, la intervención de elementos íntimos e identificativos. Por estas razones la esencia de la interculturalidad es la “identidad cultural” o étnica de los pueblos indígenas originarios; sin embargo, para los fines pedagógicos no se debe confundir la comunidad indígena con la etnia; la Comunidad indígena es “La unidad básica de la organización social y territorial de los pueblos indígenas que se encuentran dentro la jurisdicción de un municipio” en tanto la etnicidad es el grado de identidad reproductiva de una etnia o pueblo indígena, sobre la base del mantenimiento de su hábitat originario, el territorio, y la coerción y solidaridad del grupo en torno a sus raíces como la lengua materna, la memoria colectiva (creencias, usos y costumbres) y la valoración de una historia propia<sup>102</sup>. Consecuentemente la etnicidad en su realización plena puede considerarse autoconciencia social y autovaloración cultural; por el contrario, existe una etnicidad negativa que es la pérdida de la conciencia social- cultural y la estima por si de un grupo socioétnico, como por ejemplo cuando se producen serias contradicciones entre el ayllu tradicional y el sindicato campesino “modernizante”<sup>103</sup> o como resultado de la gradual o violenta aculturación y desintegración de sus recursos de sobrevivencia biológica, moral y cultural, o como cuando políticamente la transculturación puede llegar a convertirse en el envilecimiento cultural de los miembros de un grupo indígena.

En la línea anterior nuestro país se caracteriza por ser multiétnica y pluricultural, en su seno se encuentra 36 grupos étnicos entre ellas los mójenos o los chiquitanos, se dividen en grupos dialectales, o como en los joaquinianos, que son baures. En todo caso están en las etnias o pueblos indígenas: Aymaras, Quechua, Chipaya, Uru, Guaraní Ava, Guaraní Izoceño, Guarayos, Sireonó, M'bya Yuki, Tapieté, Chiquitano, Mojeño, Baure, Machineri, Tacana, Ese Ejja, Cavineño, Araona, T'simanes, Mosetenes, Weenhayek, Ayoreode, Chacobo, Yaminahua,

---

<sup>102</sup> Asamblea y proceso constituyente , Análisis de Propuestas para un nuevo tiempo REPAC , Pág.18, MARZO 2007

<sup>103</sup> Ticona Alejo, Esteban, la representación de de los pueblos indígenas –campesinos en la política Boliviana, (ms), La Paz Bolivia 2006, citado por el REPAC, Asamblea y proceso constituyente , Análisis de Propuestas para un nuevo tiempo , Pág.19, Marzo 2007

Pacahuara, Moré, Yuracaré, Itonama, Movina, Cayubaba, Canichana, Lecos, Maropa (reyasano), y Afro descendientes. Dirigentes de organizaciones indígenas del altiplano hablan de incluir otras 16 configuraciones étnicas al interior de los territorios aymaras y quechuas<sup>104</sup>.

La diversidad étnico lingüística que compone la etnicidad boliviana, nos muestra no sólo una diversidad cultural sino también una abanico de situaciones etnoculturales, toda vez que cada una de estas identidades (macroetnias y microetnias)<sup>105</sup> poseen una identidad formada y mantenida por la conciencia de si mismos y a la vez por la conciencia de los otros, generado fuertes tensiones entre la auto percepción de la propia realidad y la percepción de las realidades ajenas, que idealmente buscan integrarse en una comprensión común, intercultural.

En estas condiciones al ser nuestro país multiétnico, pluricultural y plurinacional, se torna una configuración compleja al extremo que algunas de ellas se han visto obligados a adoptar usos y costumbres de otros grupos culturales, por ejemplo: es el caso de los Urus y las Chipayas, tal vez la etnia sobreviviente más antigua de todo el mundo andino, que habitan el mismo medio ambiente que los aymaras, quienes para sobrevivir han adoptado usos y costumbres de producción aymaras, siendo místicamente “hombres del agua” (k’otsuñu, en su lengua originaria) de los lagos altiplánicos: no han perdido su identidad cultural profunda subyacente aunque en grave riesgo, pero también con fuerzas emergentes de revitalización<sup>106</sup>.

Por último está claro, que ninguna identidad cultural es estática, por el contrario se caracteriza por su proceso dinámico de fortalecimiento y participación decidida en la reivindicación de sus derechos ajustados a una visión diferente al occidental de vida y justicia, preservando su cultura, identidad y territorio. A la par surgen posiciones radicales con

---

<sup>104</sup> Asamblea y proceso constituyente , Análisis de Propuestas para un nuevo tiempo REPAC , Pág.18, Marzo2007

<sup>105</sup> Molina B, Ramiro y Xavier Albó (coord.) Gama étnica y lingüística de la población boliviana .Sistema de las Naciones Unidas en Bolivia , La Paz Bolivia , 2006

<sup>106</sup> Asamblea y proceso constituyente , Análisis de Propuestas para un nuevo tiempo REPAC , Pág.18, Marzo2007

critérios, pensamientos y teorías contrarias a las aspiraciones socioculturales y políticas de los pueblos indígenas originarios y campesinos, pretendiendo minimizar los cambios que se vienen operando en nuestro país. Por otra parte, también se van incorporando posturas que impulsan la inclusión social, como alternativa de materializar los principios de equilibrio, coordinación y de complementariedad con la finalidad de acortar las diferencias existentes en nuestra sociedad.

## **10.5. EL INTERCULTURALISMO Y EL PROCESO JURÍDICO BOLIVIANO**

Desde la colonización, el derecho positivo se caracterizó por su carácter excluyente de los pueblos originarios, creando un derechos clasista y burocrático al servicio de los colonizadores, quienes haciendo uso de su poder han atentado contra la integridad física, moral y cultural, imponiendo tratos inhumanos y obligando a trabajos forzados como la mita en el cerro de Potosí, que ha criterio de Josiah Conder, se quemaron ocho millones de vida, se maltrató sin medir edad ni género, al extremo de trabajar en un sistema de explotación donde de cada diez personas que ingresaban a la mina siete no regresaban, dejando viudas y huérfanos. Por otra parte recordemos que el Fray Pedro De Córdoba y Antonio de Montesinos manifestaron que los indios tenían alma y que no eran animales, este criterio contrario dio lugar a las Leyes de Burgos, donde se establecía los derechos de los indios, de la misma manera Bartolomé De Las Casas, presento 34 remedios, debido al crecimiento permanente de abusos contra los indios, constituyéndose en los antecedentes par el surgimiento de las Leyes de Indias aprobadas y promulgadas desde 1510-1680, “En la recopilación de Leyes de Indias no faltaron decretos de aquella época estableciendo la igualdad de derechos de los indios y los españoles para explotar las minas y prohibiendo expresamente que se lesionaran los derechos de los nativos”<sup>107</sup>, pero quedaban en un simple enunciado al igual que la lucha de Bartolomé De las Casas, quien manifestaba

---

<sup>107</sup> GALEANO, Eduardo. “Las Venas Abiertas de América Latina”. Siglo Veintiuno Vds. Montevideo, Uruguay. Pág. 61

una serie de ideales por defender los derechos de indios, que en la práctica no se cumplían aunque en la letra era razonable y benigna.

En este sentido se puede afirmar que el sistema colonial se ha caracterizado por ser excluyente y destructor de las instituciones de las culturas indígenas cambiando la propiedad colectiva por la privada, incentivando la incomunicación entre ayllus, quebrantando el sistema de administración de justicia de los indios e incorporando al Caciqasgo como persona servil y cómplice de la explotación y con facultades para administrar justicia con limitaciones que beneficiaban a los españoles, incorporaron instancias procesales de difícil acceso para los originarios.

Frente a esta situación los líderes, autoridades indígenas y algunos indios denunciaron las injusticias y violación de sus derechos, razón por la cual han merecido tratos no solamente ilegales sino atentatorios contra la dignidad humana. Al respecto Ramiro Condarco Morales señala "En la época colonial los pueblos originarios iniciaron numerosos procesos a consecuencia de los abusos de los criollos y chapetones e incluso por los propios caciques, razón por la cual, los europeos fueron designados encomenderos, sacerdotes u oficiales de la Audiencia, quienes tenían dificultad en comprender las pasiones que se reflejan en el expediente. Hubo asesinatos, vendetta [sic], traiciones y, al final costosos juicios por tan poca cosa" consideraban a todos casos como irrelevantes. Estos procesos contenían muchísimas fojas o cuartillas, que hacían que los pueblos aymaras eroguen demasiado dinero y se vean imposibilitados de defenderse

En suma, los pueblos originarios fueron víctimas de un sistema de explotación, de corrupción, impunidad y de exclusión social, cultural y jurídica, atentando su derecho y la forma de administración de justicia, recordemos por ejemplo los siguientes casos:

- a) **Proceso contra Atawallpa.** Para el procesamiento del Inka Atawallpa, se conformó un tribunal juzgador, compuesto por Pizarro como presidente, Almagro como juez de la causa; Sancho de Cuellar como escribano; un soldado de Pizarro suplantaba al fiscal acusador; y para dar mayores visos de legalidad: otro 'forajido' fue delegado como defensor del Inka, dos 'bandidos'

como procuradores de cargo y descargo, dos 'letrados' como magistrados del Estado español, y diez hombres como testigos, de los cuales siete 'fueron los mismos criados de los españoles.... Se presentó acusación supuesta con imaginarios pliegos de cargo por poligamia, (...) ilegitimidad o bastardía, cuestionando la degeneración de su origen y naturaleza humana, en el derecho prehispánico ese no era un problema de tribunales; su derecho de primogenitura, que para el sistema jurídico español era normal en la sucesión del reinado; inexistencia de testamento que justifique la ostentación de su reinado; premeditación del asesinato de Huascar; idolatra; malversación de fondos fiscales; nepotismo, pese a ser esta práctica habitual del clero y de las elites europeas; y hasta sedición o levantamiento contra la supuesta autoridad del español"<sup>108</sup>.

- b) **Proceso contra Felipe Tupak Amaru.** Fue uno de los líderes indígenas que se levantó contra la explotación, su delito fue el de pretender liberar a su pueblo del yugo español e instaurar un sistema de gobierno y justicia propia en el Tawantinsuyu como respuesta a los innumerables atropellos y abusos que cometían los representantes de la corona española en contra de los indios. Razón por la que el virrey Toledo lo persiguió por muchos años y recién en 1572 como producto de una traición cae en manos de este chapetón, quien dispone la ejecución del inka, ordenando que se le cortara la cabeza y sea expuesta en la plaza mayor como ejemplo y advertencia para quienes intenten revelarse contra el yugo.
- c) **Proceso contra Tomas Katari y sus hermanos.** Tomas Katari a pesar de saber que la justicia colonial era corrupta y excluyente ha creído en "Justicia Colonial", razón por la cual había presentado sus quejas ante las autoridades por dos motivos. El primero porque le arrebataron su cargo de Cacique que le

---

<sup>108</sup> Fernández, citado por Vargas Álvarez, Lisset Vania, en la tesis de grado titulado "El Pluralismo Jurídico un paradigma alternativo de inclusión social de los pueblos indígenas originarios y comunidades campesinas", Pág.

correspondía por herencia y que le fue usurpado por el mestizo Bernal en complicidad con el Corregidor Joaquín de Alos, la segunda por las defraudaciones que estaba cometiendo el usurpador Cacique Bernal contra los Fondos de la Caja Real, además de cometer abusos contra los Ayllus de la provincia de Chayanta de Potosí. Efectuada la denuncia tuvo que enfrentar una odisea para acudir ante las autoridades y exigir el cumplimiento de sus derechos y la de su Ayllu. Ante la permanente incidencia la Real Audiencia de Charcas simplemente ordena que se investigue el caso y no se tome medida alguna para enmendar los daños causados por Bernal y Alos. Posteriormente Tomas Katari se dirige al Virreinato del Río de la Plata, "La odisea de Tomas Katari, es única en el mundo. Camina a pie 600 leguas de Macha a Buenos Aires; y toma (sic.) también a pie otras 600 leguas de Buenos Aires a Macha."<sup>109</sup> Katari presenta su queja ante el propio Virrey Verdiz quien simplemente remite a otra autoridad inferior para su investigación. Ante esta denuncia el Cacique Bernal interpone una denuncia y se inicia un proceso sumario ante el Corregidor de Chayanta Joaquín de Alos en contra de Tomas Katari. Conocido la denuncia se inicia las investigaciones con la mayor celeridad y se emite la orden de aprehensión contra Tomas Katari, disponiendo la detención en el de Toroca, pero Tomas Katari, astutamente al ser conducido a Aullagas... fugó en el trayecto". Habiendo escapado Katari decide volver al Virreinato de La Plata, donde tenían enterados que el Corregidor Joaquín de Alos habría dispuesto la orden de detención, en consecuencia procedieron a la detención el 10 de junio de 1780 y se decide enviarlo a la cárcel privándole de toda comunicación, especialmente con los Indios de su parcialidad" [sic]. Este hecho se repite con sus hermanos Dámaso y Nicolás Katari, contra quienes después de haber iniciado la rebelión y puestos en prisión se iniciaron procesos sumarios en contra de los mismos con resultados de celeridad y dureza en su aplicación.

---

<sup>109</sup> Reinaga Fausto (2001:224), citado por Vargas Álvarez, Lisset Vania, en la tesis de grado titulado "El Pluralismo Jurídico un paradigma alternativo de inclusión social de los pueblos indígenas originarios y comunidades campesinas.", Pág. 224 .

d) **Proceso contra José Gabriel Tupak Amaru.** De las crónicas escritas por Domingo Llanque, se establece que José Gabriel Tupak Amaru fue hijo del Inca Felipe Tupak Amaru, educado en el Colegio San Francisco de Borja, fundado para los hijos de indios nobles y Caciques. De acuerdo al autor Alipio Valencia Vega quiso iniciar la revolución con el respaldo de la "majestad de la ley" , razón por la que pretendía que se le reconozca el título de Inka, Compartiendo en parte el autor José Bonilla se confirma que José Gabriel Tupak Amaru pretendía ganar por medio de la legalidad, ante la negativa de sus aspiraciones, 4 de noviembre de 1780 cuando se aprestaban a festejar el cumpleaños del Rey Carlos III, pretendió dar inicio a la revolución con la captura del corregidor Arriaga, quien fue preso y llevado a Tungasuca y el 10 de noviembre para ser ejecutado en la plaza. Con la ejecución de Arriaga comenzó la gran rebelión de 1780", debido a que los españoles consideraban que la ejecución fue cruel, razón por la que fue apresado como producto de traición de Francisco Santa Cruz, posteriormente a la cabeza del Oidor Benito de la Matalinares se efectúan una serie de investigaciones con la finalidad de buscar a otros cabecillas, en este intento se cometen una serie de atropellos, vejámenes, torturas y otras acciones denigrantes para la dignidad humana. Al extremo que en un momento, el Visitador Areche le increpó al Inka para que confesara y que denuncie a sus cómplices, a lo que Tupak Amaru le respondió expresando "aquí no hay mas cómplices que tu y yo; tú por opresor, y yo, por libertador, merecemos la muerte"<sup>110</sup>. El proceso criminal, con el objeto de legalizar el asesinato de Tupak Amaru, el 15 de mayo de 1781 dictó la Sentencia Condenatoria, y el 18 de mayo se ejecutó en la Plaza Mayor o Huacaypata de Cuzco, para este efecto el Visitador General José Antonio de Areche,(...) comulgó la sagrada hostia, por el alma de los que iban a ser ajusticiados'. Por su parte el Obispo Moscoso usando todo el silogismo y la sabiduría jesuítica, se empeñó en arrancar del Inka los secretos de su Revolución; pero todo fue inútil". Sin lugar a dudas se trata de una injusta aplicación de la ley, al respecto

---

<sup>110</sup> Reinaga, Fausto "Tesis India, Ediciones PIB-2001. La Paz, Bolivia Pág. 242.



Valcárcel describe "Conducido al patíbulo, su aniquilamiento físico contrastaba con su vigorosa serenidad espiritual. A viva fuerza le abrieron la boca y cortaron la lengua. Arrojado al suelo se le colocó con la cara hacia el firmamento."

- e) **proceso contra Julián Tupak Katari.** Natural de Sicasica, nacido en la comunidad de Sullkawi, cerca al pueblo de Ayo Ayo se caso con Bartolina Sisa, por las ideas se convirtió en líder máximo de los aymaras, emprendió acciones de rebelión por reparar la situación inhumana y reivindicar la raza y la cultura armará, lo que motivó para que se implemente una estrategia destinada a terminar con la población blanca. En ese intento efectuó movilizaciones masivas de aymaras integrados por los indios varones: adolescentes, jóvenes y hombres maduros, pero también por las mujeres, en condición de hermanas, hijas y esposas de cada familia. A criterio de Alipio Valencia Vega esta participación ha sorprendido a los españoles por la forma de organización y las particularidades que ésta llevaba. Ante la permanente lucha por su ideales, Tupak Katari es apresado, al igual que su esposa Bartolina Sisa, a quienes se les iniciaron procesos sumarios muy rápidos, entre las pruebas presentadas para su enjuiciamiento fue una nota presentada por los españoles en el momento del cerco a La Paz que mostraba el sufrimiento de los españoles vecinos producto del cerco, dicho documento puede encontrarse en el Archivo Histórico de La Paz con el código ALP/EC C125 - E30 N° 4626, donde cursa el fallo condenatorio emitido por el Oidor Tadeo Diez de Medina, señalando: "Julián Apaza (alias) Tupa catarí... infame, aleve, traidor, sedicioso, asesino, y hombre feroz, monstruo de la humanidad en sus inclinaciones y costumbres abominables y horribles"; "Ni al Rey, ni al Estado conviene, quede semilla, o raza de este y de todo Tupak Amaru y Tupak Katari por el mucho ruido e impresión que este maldito nombre ha hecho en los naturales... Porque de lo contrario queda un fermento perpetuo."<sup>111</sup>. La decisión es ejecutada en Peñas el 13 de noviembre de 1781, a quien se le ata a fueros sigas y sinchas a

---

<sup>111</sup> LEWIN. Ed. 1957. Pág. 554

cuatro caballos de carrera importados desde Tucumán, ante el sufrimiento y dolor pronuncia palabras en aymara: 'Naya sapajarukiw jwayapxitataxa nayxarusti, waranqa waranqanakaw kutt' anipxani...' (a mí solo me matareis, volveré y seré millones...)"<sup>112</sup>.

## **10.6. SINCRETISMO O PLURALIDAD JURÍDICA**

Por todo lo expuesto, se demuestra que la lucha de los líderes y pueblos indígenas y originarios por reinvincar sus derechos, no es un tema de coyuntura, sino un objetivo de más de 500 años de lucha porque se respeten su identidad cultural, los principios rectores de vida social y el sistema jurídico, en estos tiempos de cambio se están logrando establecer una ruptura epistemología con el viejo derecho y generar nuevos paradigmas de vida y justicia, que permita a los sectores vulnerables de nuestra sociedad a ejercitar sus derechos en pos de garantizar el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, colectivos y fundamentalmente sus derechos humanos, entre los cuales se encuentra el derecho consuetudinario y justicia indígena originaria campesina como un sistema capaz de coordinar con la justicia ordinaria en el marco del pluralismo jurídico.

La justicia indígena originaria campesina no es producto de un acto espontáneo de algunos indígenas, sino la acumulación de conocimiento que fueron transmitidos de generación en generación, constituyéndose en una realidad viva que nace de la herencia social de los mayores, revivida y practicada por sus hijos, hasta nuestros días, lo cual ha motivado un estudio profundo, no sólo de los antecedentes históricos, sino que se construyeron conceptos, teorías, corrientes y posiciones ideológicas, por parte de Estado, la sociedad, la universidades, organizaciones indígenas originarias, intelectuales y el aporte significativo de las autoridades indígenas se han constituido en eje central para incorporar en la reforma constitucional del año 1994 el

“reconocimiento“ de lo multiétnico y pluricultural, lo cual ha dado lugar a una series de acciones que permitan la revalorización del sistema de administración de justicia indígena originaria campesina sustentada en un conjunto de principios y fines que sustenten su vigencia y se de la posibilidad de encontrar los niveles de coordinación con la justicia ordinaria o derecho positivo.

Frente a esta realidad, se establecen los medios jurídicos e institucionales para encontrar la coexistencia de los sistemas de justicia, bajo el denominativo de pluralismo jurídico, para este cometido fueron surgiendo aportes teórico importantes, es el caso de: Eugen Ehrlich quien se dice que estuvo entre los primeros autores que ha referido sobre la existencia de la pluralidad jurídica, señalando que el “punto central del derecho no se encuentra en la legislación, la ciencia jurídica o la jurisprudencia; sino en la sociedad misma, donde se muestra un derecho viviente, susceptible de ser conocido por diferentes fuentes, particularmente la observación de la vida social, los hábitos, los usos y costumbres de grupos que inclusive son ignorados, despreciados y excluidos”, por su parte Santi Romano indica que “el nacimiento del pluralismo jurídico, tiene su origen en los resultados de la crisis hegemónica de un sistema jurídico positivista imposibilitado de responde a los desafíos y expectativas de las mayorías empobrecidas, marginadas y excluidas”, de igual manera el recordado tratadista Norberto Bobbio haciendo referencia a la propuesta de Santi Romano<sup>113</sup> dijo “ el pluralismo jurídico reconoce dos fases:

- La primera “corresponde al nacimiento y desarrollo del historicismo jurídico, sustentado en la escuela histórica del derecho, que sostiene que los derechos emanan directamente o indirectamente de la conciencia popular. Consecuentemente existen no sólo uno, sino muchísimos ordenamientos nacionales, a esta primera fase de ha denominado pluralismo jurídico”.
- La segunda “corresponde a la etapa institucional, afirmando que existe un sistema jurídico donde se encuentre una institución, es

---

<sup>113</sup> Bobbio, Norberto, Teoría general del derecho , Pág. 8-13 , Bogota Colombia, 2005

decir, un grupo social organizado. La consecuencia de la teoría institucionalista es una fragmentación ulterior de la idea universal del derecho así como un enriquecimiento del problema de las relaciones de los sistemas jurídicos”

Por lo expuesto se evidencia que la presente temática tiene sus complejidades a la hora de realizar un estudio sobre la pluralidad jurídica, más aun cuando se refiere a su aplicación, toda vez que los criterios encontrados de concurrencia o de recurrencia ponen en tapete del análisis criterio de búsqueda de una coexistencia y por el otro el temor que una confortación de dos sistemas jurídicos, que podría derivar en mayor escala de inseguridad jurídica, frente a estas posturas teóricas, nuestro país ha tomado el desafío de consolidar el pluralismo jurídico por mecanismos jurídicos e institucionales tal es el caso de la ley de deslinde jurisdiccional

## **10.7. SUSTENTO FÁCTICO Y NORMATIVO DEL PLURALISMO JURÍDICO**

Desde la existencia de los hombres en la tierra y el desarrollo histórico de la humanidad, el hombre se ha visto en la imperiosa necesidad de contar con una serie de normas de conducta que regulan y garantizan la convivencia social de los seres humanos, en este contexto los pueblos indígenas originarios y comunidades campesinas vieron en los usos, costumbres, tradiciones y los ritos, los medios adecuados para organizar, ordenar y regular la vida social de los pueblos indígenas, que por su práctica permanente se fue constituyendo el denominado “Derecho consuetudinario” con fundamentos filosóficos, sociológico, antropológico, religiosos, jurídico y morales, logrando establecer un sistema de justicia heredada de los mayores que a pesar del transcurso del tiempo se mantiene viva por la práctica de sus hijos y la memoria de sus actores, logrando una personalidad socio cultural y jurídica legítima, de quienes tienen los suficientes principios, fines y argumentos que sustentan no sólo la legalidad sino también la legitimidad.

Al respecto y para mayor ilustración, el autor Marcelo Fernández Osco afirma “Que la justicia originaria busca la paz y armonía de la comunidad, por ejemplo, el trato social entre ellos es de “hermanos” por ser descendiente del mismo padre. Quienes por el parentesco consanguíneo y sociocultural tienen una forma peculiar de vida, donde no existe diferencias socioculturales entre ellos, por el contrario se incentiva a la convivencia social, moral y consuetudinaria”.

En este contexto los pueblos indígenas originarios y comunidades campesinas, se han visto obligados a luchar por la reivindicación y revalorización del derecho y la justicia indígena originaria y campesina. Para este efecto se han generado una serie de movimientos sociales que dieron como resultado en “reconocimiento legal”, para cuyo efecto se han establecido las siguientes normativas internacionales y nacionales:

- En México - Pazuaro, el año 1940, se ha convocado al primer Congreso Indígena Interamericano, donde se llagado a sentar bases para una política indígena con la perspectiva de garantizar el respeto a la personalidad, la cultura de los pueblos indígenas, rechazando todo forma de discriminación y marginalidad contra el indio. También se decidió a la creación del Instituto Indígena Interamericano, que se concretando por medio de Convención Internacional relativa a Congreso Indígena Interamericano.
- La ONU en el año 1965 efectuó la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de discriminación racial, posteriormente el año 1996 misma ONU aprobó dos pactos muy importantes referentes a los Derechos Civiles y Políticos, del cual se debe destacar el Art. 27 “en los Estados en que existen minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dicha minoría el derecho que les corresponde con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural a profesar y practicar su propia religión y emplear su propia idioma.” Conjuntamente a otros instrumentos internacionales, es la Carta de las Naciones Unidas, en cuya exposición se dispone un mayor de importancia a los derechos del

hombre y las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, lengua o religión.

- Por otra parte, la declaración Universal de los Derechos Humanos, constituye un instrumento que prohíbe la discriminación y reconoce al mismo tiempo el derecho a la propiedad, individual, colectiva y el derecho a participar libremente en la vida cultural, inserta en nuestra actual Constitución Política del Estado como uno de los derechos fundamentales.
- Asimismo el Convenio para la Prevención y Sanción del delito de genocidio, ha establecido en diferentes países frente a acciones de genocidio contra los grupos étnicos, vio la necesidad de establecer un convenio antietnocidio, la misma que ha merecido el respaldo de las organizaciones indígenas debido a que se consideraban grupos vulnerables de este tipo de violaciones.
- De la misma manera el Convenio Internacional sobre la Discriminación Racial aborda la prevención y sanción contra la discriminación que en su Art. 1 Inc. 1, dice “todos los pueblos poseen el derecho a la autodeterminación. En razón de este derecho determinan con toda libertad su estatuto político y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.
- Asimismo, existen Instrumentos Internacionales destinadas a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, como la Carta de la Organización de los Estados Americanos – OEA, que en novena Conferencia Internacional realizada Bogotá, Colombia, en el Art. 74 se crea el Consejo Interamericano Cultural con la finalidad de cooperar, proteger, conservar y fomentar el patrimonio cultural del continente, entre las cuales se encontraba los Derechos Humanos Indígenas, junto a esta normativa se suman otras cartas como, Las Cartas de la Organización de los Estados Americanos, La Carta Internacional de Garantías Sociales, la Declaración de San José sobre etnocidio y etnodesarrollo, aunque jurídicamente no tengan carácter vinculante, se constituyen en normas marco para establecer los lineamientos que orienten a las legislaciones nacionales.

- Entre las normas internacionales de impacto socio jurídico son la dictada por la Organización Internacional del trabajo OIT, bajo el denominativo de convenio 169 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989)” en su Art. 8 concerniente a la revalorización de la justicia de los pueblos indígenas originarios, indica “Que la legislación nacional deberá considerar sus costumbres o su derecho consuetudinario, estableciendo que dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres o instituciones propias siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos en el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionales reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecer los procedimientos para solucionar los conflictos que pueden surgir en la aplicación de este principio”. Con los argumentos expuestos, el Estado Boliviano mediante Ley de la República N° 1257<sup>114</sup> ratifica el convenio mencionado
- Posteriormente, después de varias movilizaciones de los pueblos indígenas originarios, entre las cuales se encuentra la marcha histórica denominada “la marcha por territorio y dignidad – 1990)” motivó una ruptura epistemológica con el derecho positivo monopólico y hegemónico, dando lugar a la reforma constitucional del año 1994 que incorpora los siguientes articulados: Art. 1.- “Bolivia libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en Republica unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos”, donde por primera vez en la historia de Bolivia se incorpora en el texto constitucional las bases de un proceso de inclusión social y de reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural basada en un Gobierno

---

<sup>114</sup> En relación a los estados y comunidades políticas originarias establece la ley... “Los gobiernos deben respetar las instituciones de los pueblos indígenas, adoptando medidas especiales para salvaguardar las instituciones de los pueblos indígenas”. También los artículos 13,15 y 16 de la misma refieren... “Los gobiernos deben respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios”. Así mismo, plantea... “Los pueblos originarios deben participar siempre que sea posible en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales”, entre otros temas. Dr. Liborio Uño Acebo, Nacionalismo originario democrático desde los Andes. La Paz, CEDPOR, 2001.

democrático, representativo y participativo, fundada en la unión y solidaridad de todos los bolivianos, esta constitución si bien ha establecido transformaciones que quebrantaron una visión dogmática incorporando el Art. 171.- III. “Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflicto, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes compatibilizarán estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado” estableciendo el reconocimiento, respeto y protección en marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lengua, costumbres e instituciones. De la misma manera reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos, finalmente esta constitución reconoce a las autoridades naturales de las comunidades campesinas e indígenas otorgándoles facultades de administración y aplicación de las normas propias como solución alternativa de los conflictos en conformidad a los usos y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes, para cuyo efecto se deberá compatibilizar las funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.

- Como resultado de la reforma constitucional del año 1994, se publica la ley 1970 (Código de Procedimiento Penal) que en su Art. 28.- (JUSTICIA COMUNITARIA). “Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se comete dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su derecho consuetudinario indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidas por la Constitución Política del Estado”.



- De igual manera, la Ley Orgánica del Ministerio Público en el Art. 11 (DIVERSIDAD CULTURAL) dice” El Ministerio Público, en el cumplimiento de sus funciones y atribuciones respetará la naturaleza multiétnica y pluricultural del Estado Boliviano” de la misma manera, el Art. 17.- (DEBER DE COOPERACION CON AUTORIDADES NATURALES) dice “ En el marco del artículo 171º de la Constitución Política del Estado, el Ministerio Público deberá prestar la colaboración necesaria a las autoridades naturales de las comunidades originarias, indígenas y campesinas, que así lo requieran, a fin de llevar a cabo las diligencias solicitadas.
- Este mismo espíritu se manifiesta en la Ley de violencia familiar o doméstica No. 1674 del año 1995 Art. 16 donde faculta a las autoridades naturales a resolver los conflictos de violencia intrafamiliar en base a usos y costumbres, de la misma manera las organizaciones comunitarias están plenamente reconocidas por la Ley de Participación Popular No. 1551 del 20 de abril de 1994, donde se reconoce a la Asociación Comunitaria con facultades y prerrogativas de control y fiscalización.

Finalmente con el ascenso del Presidente Juan Evo Morales Ayma, se pone en vigencia la nueva Constitución Política del Estado, aprobado por el pueblo mediante referéndum constituyente de enero del año 2009, se establece que Bolivia es un “Estado Unitario social de derecho plurinacional comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país” y con respecto a la temática que hoy nos toca desarrollar, se incorpora un capítulo destinada a la Jurisdicción originaria campesina, con los siguientes preceptos constitucionales:

### **Jurisdicción indígena originaria campesina**

**C.P.E. Art. 190.-** I “Las naciones y pueblos originarios campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades y aplicarán sus principios, valores culturales y normas y procedimientos propios

II. La jurisdicción indígena originaria y campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

**C.P.E. Art. 191.** I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesina.

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia, personal, material y territorial:

1.- Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o el pueblo indígena originario campesina sea que actúen como actores o demandado, denunciados o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.

2.- Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesina de conformidad a lo establecido en la Ley de Deslinde jurisdiccional.

3.- Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción dentro de un pueblo indígena originario campesino.

**C.P.E. Art. 192.** I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina.

II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.

III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde jurisdiccional determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originario campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

Por todo lo expuesto se establece que la justicia en Bolivia es una sola con tres jurisdicciones: la justicia ordinaria sustentada por el derecho positivo, la justicia indígena originaria campesina sustentada en la revalorización de los usos y las costumbres y la justicia agroambiental. De manera que motiva a la coexistencia de los sistemas de administración de justicia, obligando a una convivencia coordinada, para lo cual el Estado ha establecido la Ley de Deslinde Jurisdiccional

donde se establezca límites, competencias y niveles de coordinación en correspondencia al fundamento filosófico que sostiene el Estado Plurinacional de Bolivia

### **10.8. LEGITIMIDAD DEL SISTEMA INDÍGENA ORIGINARIO Y EL PLURALISMO JURÍDICO**

Se debe empezar afirmando, que las leyes y normas del derecho positivo son el resultado de la voluntad del legislador o la autoridad llamada por ley, las mismas que pueden cambiar respondiendo a interés individuales o de grupo o en su defecto crear un nuevo ordenamiento como respuesta a las necesidades históricas, coyunturales de un poder minoritario, en cambio el derecho indígena originario nace como una expresión pasada de generación en generación de sus mayores y practicada por sus pueblos, constituyendo parte de su vida social diaria.

Consecuentemente es posible que el derecho positivo tenga un alto grado de sustento de legalidad, en cambio la justicia de los pueblos indígenas originarios cuentan con la legitimidad de sus derechos nacido de sus entrañas y confirmadas por las incesantes luchas que tuvieron el resultado de reivindicar sus derecho y justicia como un paradigma de vida, al respecto Max Weber define al derecho como la existencia de un cuadro coactivo, pactado o estatuido de un modo racional con arreglos a los valores y fines, de un cosmos de reglas abstractas, para este efecto señala tres formas típicas de legitimidad 1) carismático 2) tradicional 3) racional o legal, este pensamiento nos abre la posibilidad de establecer que la legalidad no siempre es la manifestación de la legalidad, ni la legitimidad nace del poder o la autoridad, por el contrario es posible que la legitimidad no tenga que nacer de la legalidad, ejemplo muchas de las autoridades tienen legalidad pero no legitimidad, en el poder judicial los jueces son elegidos dentro marcos de legalidad, pero carecen de legitimidad, en cambio las autoridades indígenas originarias es posible de carezcan de legalidad, pero nadie puede poner en cuestionamiento la legitimidad debido al reconocimiento de su comunidad, quien le da facultades y atribuciones en base a su derecho consuetudinario para que ejercite

sus derechos no sólo de autoridad, sino de administrar justicia imponiendo castigos a los infractores. Lo que significa que las autoridades originarias ya sean Mallukus o Jilakatas u otros están revestidas de atribuciones para el ejercicio de sus diferentes funciones que deben realizar en sus comunidades.

Al respecto, Otto Kirchheimer, Citado por Carl Smthitt, dice que los “los límites de la legalidad acaban manifiestamente donde empieza la legitimidad”. Sabemos que el derecho tiene determinados fines como el orden, la paz social y la seguridad jurídica entre otros, y el Estado tiene la obligación de hacer cumplir los fines, para este efecto recurre a la coercibilidad como mecanismo para imponer sanciones; sin embargo, en la actualidad se observa que la sociedad cada día va perdiendo credibilidad en los órganos de administración de justicia, lo que esta motivando que la sociedad decida tomar la justicia por mano propia a nombre de “justicia comunitaria”.

De lo expuesto, el sistema jurídico indígena tiene los fundamentos suficientes para demostrar su legitimidad, aunque en el pasado no hubiese contado con la legalidad, sin embargo de ello, para fines de ilustración veremos algunos criterios teóricos sobre la legitimidad de los derechos de los indígenas:

**a) La legitimidad en el derecho natural.** La teoría del derecho natural denominada ius naturalista, se divide en dos grandes grupos: a) consideran que emana de la voluntad divina y b) Acepta como el surgimiento de la “naturaleza de las cosas”. Al respecto Hugo Grocio, separa el derecho de la religión, para lo cual afirma que el hombre en su estado natural fue feliz y gozaba de su libertad por su parte Jean Jacques Rosseau en su obra el “contrato social” indica que los hombres han acordado un contrato social, para garantizar la convivencia y la propia especie humana al interior de la sociedad, si tomamos estos criterios debemos afirmar que en el caso de las comunidades indígenas originarias, acuerdan su formas en base a sus usos y costumbres la designación de sus autoridades por el tiempo de un año, tiempo en el que debe desarrollar su gestión, esta es una muestra de la existencia de un contrato social

consensuado por los miembros de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas. Finalmente debemos sostener que los hombres tenemos derechos naturales inherentes a la propia existencia y que por su propia naturaleza permite la unidad del derecho y pluralidad del derecho, haciendo compatible para el desarrollo de la vida natural y social.

- b) La legitimidad según el derecho positivo.** Si entendemos por derecho positivo que es un sistema normativo coercible nacido de la necesidad social de los hombres, por que cuestionar al derecho de los pueblos indígenas, si su derecho también nació de sus necesidades sociales, que ven en el derecho consuetudinario las formas de regular las acciones de las personas de dicha comunidad, por otra parte nos preguntamos porque no respetar su autonomía y finalmente es propio derecho positivo el que propugna la protección de los derechos fundamentales y humanos entre los cuales se encuentra los derechos de los pueblos indígenas
- c) La legitimidad según el historicismo jurídico.** Esta corriente surge del valor histórico uno de sus impulsores es Savigny, quien afirma “que el historicismo en el único camino posible para el reconocimiento de la realidad político institucional”, en consecuencia la historia es el punto de partida del derecho fundada en el espíritu del pueblo, debido a que cada pueblo tenia y tiene su propia identidad, llegando ha ser diferente a otras posturas de ver al derecho. Si tomamos esta postura, Bolivia multiétnica y pluricultural tiene una historia y un derecho fundado en el espíritu del pueblo, dotado de legitimidad e identidad, por lo que se hace necesario continuar con un derecho que puede ser parte fundamental del pluralismo jurídico.

## **10.9. EL DERECHO Y LA JUSTICIA INDIGENA ORIGINARIA CAMPESINA**

Las comunidades indígenas originarias y campesinas rigen su conducta por medio de costumbres definidos<sup>115</sup> “como una manera de comportamiento de las personas de un grupo social surgido espontáneamente por las necesidades de las actividades que se desarrollan y que es aceptado por todos como una conducta válida” y sobre las costumbres va surgiendo el derecho consuetudinario consistente definida como “un conjunto de normas morales de observancia general que en forma uniforme y permanente regulan los intereses públicos y privados de una colectividad, con la particularidad de ser conservadas y transmitidas por herencia social”, construyéndose en una filosofía de vida que por su práctica se ha constituido en el horizonte de la regulación de la vida social de las comunidades indígenas originarias campesinas.

La justicia comunitaria ( Indígena Originaria Campesina ) que no tiene otro fin que pregonar el “suma kamaña”, como objetivo de vida y de justicia, razón por la cual busca la armonía de la comunidad para ello se aplica castigos, no con el sentido del poder punitivo, sino con fines estrictamente morales, en este sentido la justicia indígena originaria y campesina debe ser considerada como una “expresión que define los mecanismos de tratamiento y resolución de los problemas, conflictos y controversias que surgen entre los miembro de las comunidades indígenas y campesinas en base a los usos, costumbres, tradiciones y ritos heredados de generaciones pasadas”<sup>116</sup>, de la misma manera Ermo Quisbert dice que la “ justicia comunitaria es una Institución jurídica que permite sancionar las conductas reprobadas de los individuos, sin la intervención del Estado, los jueces y su burocracia, sino directamente dentro la comunidad de individuos en la que las autoridades naturales de la comunidad hacen equilibrio entre las dos partes enfrentadas(...). La justicia indígena originaria y campesina como cualquier otra institución trata de materializar los principios morales y valores de una sociedad para una convivencia armónica

---

<sup>115</sup> Vargas Flores, Arturo, Derecho Comunitario e indígena, Pág. 75, La Paz Bolivia, Realización Técnica INF@DIGITAL

<sup>116</sup> Vargas Flores, Arturo, Derecho Comunitario e indígena, Pág. 42, La Paz Bolivia, Realización Técnica INF@DIGITAL

entre ellos". En consecuencia la justicia indígena originaria campesina es una forma de regular los comportamientos de los individuos en base a los usos y costumbres, como expresión de una herencia viva encaminado hacia la construcción de un sistema fundado en el pluralismo jurídico e inclusivo,

## BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA DE CONSULTA

- Abasto Argote Gabriel Demian, “Derecho de Personas”, Editorial Latina Editores, Oruro-Bolivia, 2011.
- Aguilar Peñarrieta Aníbal, “Curso General de Derecho”, Ediciones Ideas, La Paz-Bolivia, 1987.
- Alzamora Valdez Mario, “Introducción a la Ciencia del Derecho”, Novena Edición, Lima-Perú, 1984.
- Aparicio Antezana, Walter, “Introducción al Derecho”, Editorial Serrano, La Paz-Bolivia, 1999.
- Atienza Manuel, “Introducción al Derecho”, Editorial Barcanova, Barcelona-España, 1995.
- Bobbio Norberto, “Teoría General del Derecho”, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2005.
- ESTERMANN, Josef, “Filosofía Andina”. La Paz-Bolivia. EDOBOL.
- Fauroux María G., “Ideas para una Introducción al Derecho”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires-Argentina, 2001.
- FERNANDO, Osco Marcelo. “Estudio Sociojurídico” Práctica del derecho indígena originario en Bolivia. La Paz-Bolivia, 2009.
- FERNANDO, Oscoso Marcelo. “Modos Originarios de Conflictos en Pueblos Indígenas de Bolivia. La Paz-Bolivia, 2007. Ed. PIEB.
- García Toma Víctor, “Introducción a las Ciencia Jurídicas”, Editorial Jurista E.I.R.L., Perú, 2007.



- Giorgio Del Vecchio, “Los Principios Generales del Derecho”, Editorial Ara Editores, Lima-Perú, 2006.
- LOZADA, Blithz. “cosmovisión Histórica y Política de los Andes”. La Paz-Bolivia, 2007. Ed. CIMA.
- Moscoso Delgado Jaime, “Introducción al Derecho”, Editorial Juventud, La Paz-Bolivia, 1993.
- REINAGA, Fausto. “La Revolución India”. La Paz-Bolivia, 2007. Ed. WA-GUI.
- Rendón Vásquez Jorge, “El Derecho como Norma y como Relación Social”, Editorial Tarpuy S.A., Lima-Perú, 1989.
- REPAC, “Asamblea y proceso constituyente”, Análisis de propuestas para un nuevo tiempo, Vice Presidencia de Bolivia, 2007.
- Rojas Gonzales Germán, “Introducción al Derecho”, Editorial Esfera, Colombia, 2004.
- SANCHEZ, Catañeda Alfredo. “Pluralismo Jurídico e Interculturalidad”. Ed. Taller grafico Tupac Katari.
- SOTELO, Gricelda Nieva. “Pluralismo jurídico e Interculturalidad” . Ed. Taller grafico Tupac Katari.
- VARGAS Flores, Arturo, “Justicia comunitaria un paradigma de identidad cultural que no puede ser satanizada por lo hechos de Ayo Ayo” , La Paz, Bolivia, Pág. 7-9.
- VARGAS, Flores Arturo. “El Derecho Comunitario e indígena”. 2008. La Paz-Bolivia.

- VILLAROEEL Claire, Ramiro “Sociología del Derecho”. La Paz-Bolivia. 1997. Ed. Juventud.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia 2009.
- CODIGO PENAL BOLIVIANO, Gaceta Oficial del Estado.
- LEY DEL ÓRGANO JUDICIAL N° 025, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.
- LEY DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.
- LEY ÓRGANICA DEL MINISTERIO PÚBLICO, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.