

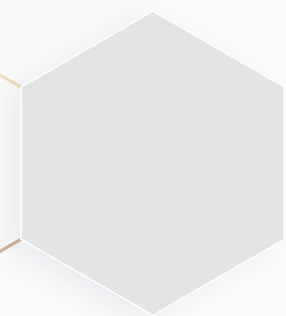
Revista de derecho

Pluralismo Jurídico

Debate para América Latina

Período Julio - Diciembre 2022

1
Núm.
Vol.



Justicia(s)

REVISTA DE DERECHO

Revista Justicia(s), Año 1, Volumen 1, Periodo julio - diciembre 2022

“Pluralismo jurídico: Debate para América Latina”



Universidad de Otavalo

Editora

PhD. Ana Julia Romero González

Comité Científico

PhD. Christian Masapanta Gallegos
PhD. Lina Parra
PhD. José Chalco
PhD. Jorge Gómez Rendón
PhD. David Cordero
PhD. Vexaida Primera
PhD. Mirtha López
PhD. Lorenzo Mateo Bujosa Vadell
PhD. Joel Harry Clavijo Suntura
PhD. Pablo Slavin
PhD. Ricardo Tapia
PhD. Carlos Clerc
PhD. Danny Méndez
PhD. Cerbeleon Murillo
PhD. Arístides Obando
PhD. José Luis Jaimes Olmos

Asistentes Editoriales

Tatiana Ballesteros
María Paula García

Corrector de estilo

Liliana Medina

Director de Investigación

Jorge Mantilla

Autoridades Académicas de la Universidad de Otavalo

Plutarco Cisneros Andrade, Canciller
Juan Carlos Cisneros, Vicecanciller
Antonio Romillo, Rector
Francisco Becerra, Vicerrector
Diego Jaramillo, Vicerrector Administrativo

Todas las opiniones vertidas en los artículos son responsabilidad de sus autores.

© De la presente edición:

Universidad de Otavalo
Otavalo, Ecuador
investigacion@uotavalo.edu.ec

Licencia legal: Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual 4.0 Internacional.



REVISTA JUSTICIA(S)

Año 1, Número 1, Periodo julio - diciembre 2022
<https://revistajusticias.uotavalo.edu.ec/>
Universidad de Otavalo
Otavalo, Ecuador



ÍNDICE

EDITORIAL	6
INTRODUCCIÓN AL PRIMER NÚMERO	7
MONOGRÁFICO	9
ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN	61
GENERALIDADES JURÍDICAS	98
POLÍTICAS DE PUBLICACIÓN	128



EDITORIAL

El devenir de la universidad contemporánea -especialmente en los países del Sur Global- se determina por su compromiso ontológico y ético hacia la transformación positiva de la sociedad. Esta no es una tarea sencilla. En primera instancia requiere el desarrollo de una filosofía de investigación, en la cual, los conocimientos son contruidos, debatidos, pensados y repensados en función de las necesidades y requerimientos del entorno. En segundo lugar, necesita del desarrollo de procesos de transferencia de conocimiento, desde donde, los resultados de investigación son difundidos, no solamente hacia el público especializado, sino también hacia la comunidad en general. La Universidad de Otavalo, desde su naturaleza humanista, se encuentra fuertemente comprometida con estas metas: desarrollar investigación científica socialmente relevante y con altos estándares de rigurosidad académica; y poder transmitir este conocimiento de manera libre y abierta. La revista Justicia(s) nace bajo este espíritu, su visión es la de convertirse en un espacio referente para que investigadores de todo el mundo muestren los avances y resultados de sus trabajos a la sociedad, desde una perspectiva plural, libre y académicamente sustentada.

Conceptualmente, la revista Justicia(s) se nutre de la tradición y compromiso de la Universidad de Otavalo y su área de Derecho hacia el desarrollo de diversas formas de análisis social basado en principios humanísticos orientados por el norte de la justicia social. Partiendo de esta perspectiva, la revista Justicia(s) ha sido diseñada como un campo altamente plural, abierto a distintas posicionalidades y debates investigativos, en la medida en que estos estén acompañados transversalmente por rigor y calidad académica. El año 2022 conmemora el vigésimo aniversario de fundación de la Universidad de Otavalo. En este momento histórico, e inspirada por el compromiso social y académico de sus fundadores, la universidad se enorgullece en presentar el primer número de la revista Justicia(s). El camino de este proyecto, como toda actividad editorial, encontrará numerosos retos y desafíos, los cuales serán abordados desde los pilares de la sistematicidad científica y la responsabilidad ética. Los resultados, estamos seguros, enriquecerán el conocimiento y debates legales entre docentes, investigadores, estudiantes y el resto de la comunidad jurídica.

Jorge Mantilla
Director de Investigación
Universidad de Otavalo

INTRODUCCIÓN AL PRIMER NÚMERO

Con satisfacción presentamos a ustedes el primer número de la revista Justicia(s) de la Universidad de Otavalo. Un camino que comenzamos a andar para hacer realidad un sueño que, con ahínco, perseverancia, dedicación y compromiso, hemos asumido para verlo cristalizado. Este primer volumen marca el rumbo a seguir y, a partir de él, se anclarán los esfuerzos cargados de la singularidad que nos diferenciará: rigurosidad científica, calidad académica e innovación temática, en cuyos enfoques particulares destacarán la inclusión, diversidad, interculturalidad, lucha por la justicia y solidaridad, visualizados con una perspectiva jurídica, real, crítica y actualizada.

Esta primera publicación se articula en torno a tres secciones: el monográfico “Pluralismo Jurídico: Debate para América Latina”; artículos de investigación y generalidades jurídicas.

El monográfico consta de tres artículos. En el primero, titulado “*Pluralismo jurídico y sistemas normativos indígenas: aproximación al estudio del fenómeno en México*”, Lizeth Juliana García Atra, de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, presenta una interpretación sobre el entendimiento del derecho a la diferencia como elemento de comprensión dentro del pluralismo jurídico. Para este fin, se aproxima conceptualmente a los sistemas normativos indígenas conocer los principios que los caracterizan, así como sus componentes y regulaciones. El manuscrito se basa en experiencias específicas de Oaxaca, México.

Seguidamente se presenta el artículo “*Pluralismo jurídico y territorialidad: una lectura histórica sobre Bolivia*”, en el cual Roxana Viruez Valverde, de la Universidad Mayor de San Simón, desarrolla una revisión bibliográfica de tipo histórico- descriptivo sobre el pluralismo jurídico y la territorialidad en Bolivia desde la década de los noventa hasta la actualidad. La autora concluye enfatizando la importancia de profundizar en estos conceptos, sobre todo en conflictos territoriales.

La sección monográfica finaliza con el artículo, “*Los azotes y los cepos como medidas punitivas en Bolivia ¿derecho de las comunidades indígenas y campesinas?*”, de la autoría de Rodrigo René Cruz Apaza de Bolivia, quien realiza un análisis para vincular dichas medidas punitivas con lo previsto en la Constitución de aquel país vigente desde un enfoque del derecho constitucional e internacional de derechos humanos.

El apartado de artículos de investigación está compuesto por dos trabajos. En el primero, titulado “*Los programas sociales del Estado y su impacto en la normatividad interna en el pueblo totonaca de Huehuetla, Puebla (México)*”, los autores Melitón González García y Ernestina Solís Patiño, de la Universidad Intercultural del Estado de Puebla, estudian el empleo de programas sociales

aprobados por el gobierno como medio de influencia e inducción al voto de personas del pueblo originario totonaca; todo ello con una visión crítica y bajo un enfoque socio-jurídico e intercultural.

Posteriormente, se presenta la investigación “*Derecho comercial o mercantil: ductilidad en las fronteras colombo-venezolana*” por Raysa Chirino García, Sidart Antonio Rodríguez, Adolfin Amaya y Shirley Sierra de la Universidad Rafael Bellos Chacín. En este texto, los autores bajo un enfoque postpositivista e interpretativo realizan un análisis sobre esta rama del derecho a partir de la revisión de los ordenamientos jurídicos de ambos países con el fin de visualizar la armonización comercial entre ellos en el eje fronterizo.

La sección de generalidades jurídicas está compuesta por dos manuscritos. En el primero de estos, nombrado “*Peritaje social forense*”, Marcos Barrera Morales del Centro Internacional de Estudios Avanzados (SYPAL) realiza un análisis sobre el peritaje social forense para incorporarlo como una forma inclusiva de administrar justicia. El autor enfatiza la necesidad de armonizar diferentes disciplinas y profesionales que apoyen las peticiones de los particulares con los procesos judiciales naturales de la práctica del derecho.

Por último, se presenta el estudio “*Lex Poetelia Papiria (326 a.c.) como transformación de la obligación penal y corporal en patrimonial*”, por parte de los autores Bartolomé Gil Osuna, Carlis Mejías, Pedro Arias y Amparo Erazo de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ibarra, quienes realizan un análisis histórico y dialéctico sobre la obligación como institución del derecho romano, evidenciando su transformación: desde sanciones corporales hasta un procedimiento patrimonial.

Este primer número contiene, por lo tanto, diferentes posturas y visiones del derecho que permitirán al lector obtener elementos conceptuales desde lo histórico hasta lo actual sobre instituciones, definiciones, miradas e interpretaciones con un análisis crítico y consensuado de la ciencia jurídica.

Hoy, dejamos a ustedes, nuestros lectores, nuestros críticos, un ejemplar de calidad académica e investigativa que caracteriza y caracterizará a la revista Justicia(s). A todos ustedes, muchas gracias por confiar en nosotros.

PhD. Ana Julia Romero González
Editora de la Revista Justicia(s)

MONOGRÁFICO
PLURALISMO JURÍDICO:
Debate para América Latina

PLURALISMO JURÍDICO Y SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS: APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL FENÓMENO EN MÉXICO

Lizeth Juliana García Atra
Universidad Autónoma del Estado de Morelos,
México

lizeth.garciaa@uaem.edu.mx
<https://orcid.org/0000-0002-2710-3224>

Fecha de recepción: 24 de junio de 2022

Fecha de aceptación: 23 de septiembre de 2022

Fecha de publicación: 15 de diciembre de 2022

Resumen

El derecho a la diferencia y su entendimiento es un supuesto elemental para la comprensión del pluralismo jurídico. En este artículo se buscó un acercamiento a los sistemas normativos indígenas, sus principios rectores, componentes, características principales y regulaciones; se tomó como referencia algunos casos en Oaxaca donde, en virtud de las tensiones que pueden presentarse entre la institucionalidad estatal y las manifestaciones de autogobierno de las comunidades indígenas que allí residen, debe pugnarse por la apertura de espacios que permitan lograr el diálogo y la comprensión entre ambos sistemas de derecho, partiendo, de la necesidad de entender al “otro” desde la “otredad” que implica no inscribirlo o afiliarlo a una identidad en concreto. Con dicho propósito, se empleó el paradigma de investigación cualitativo y se analizaron fuentes documentales útiles para el entendimiento, no solo del pluralismo jurídico en sus diversas dimensiones, sino de los sistemas normativos indígenas. Por último, se plantearon algunas ideas para lograr el reconocimiento de estos.

Palabras clave: Diferencia, sistemas normativos indígenas, pluralismo jurídico, comunidades, derecho.

LEGAL PLURALISM AND INDIGENOUS NORMATIVE SYSTEMS: APPROACH TO THE STUDY OF THIS PHENOMENON IN MEXICO

Abstract

The right to difference is an elementary assumption for the understanding of legal pluralism, a conceptual category to which this article aims to provide an approximation. An approach to indigenous normative systems, their guiding principles, components, main characteristics, and regulations was sought. Some cases in Oaxaca were taken as a reference where, due to the tensions that may arise between state institutions and the manifestations of self-government of the indigenous communities living there, the opening of spaces for dialogue and understanding between the two law systems should be sought. It is necessary to start, precisely, from the need to understand the “other” in terms of “otherness”. This implies not inscribing or affiliating it to a specific identity, since it exists for itself and one or more others, despite not belonging to the same cultural way of life and identity of those who seek to know and discover it. For this purpose, the qualitative research paradigm was used, and useful documentary sources were analyzed to understand not only the aforementioned legal pluralism in its various dimensions, but also the indigenous normative systems. Finally, some ideas were put forward to achieve the recognition of these systems.

Key words: Difference, indigenous normative systems, legal pluralism, communities, law.

INTRODUCCIÓN

La investigación parte de un análisis del derecho a la diferencia, aspecto que facilita la presente comprensión del pluralismo jurídico como un escenario de apertura a diversas cosmovisiones y a la interpretación de otras culturas, y que favorece la introducción de una autonomía cultural en la que se respeten los usos, costumbres, prácticas y tradiciones de las comunidades indígenas, así como la adopción de su propia legislación. En segundo lugar, se pretende un acercamiento teórico-conceptual a los sistemas normativos indígenas, a la teoría que les sirve de base, centrando la atención en algunas experiencias en Oaxaca y reconociendo que algunos de sus municipios cuentan con ciertos límites que impiden que se logre a plenitud la autonomía, autodeterminación y autogobierno indígenas. En Latinoamérica se ha pugnado por la aceptación de sistemas normativos indígenas y, por ende, su validez, reviste interés reconociendo que siguen presentándose, en la práctica, dificultades para la concreción igualitaria y equitativa de este tipo de sistemas. En la última sección se hacen algunas recomendaciones para la superación del fenómeno en mención, particularmente, en México.

METODOLOGÍA

Este artículo emplea el paradigma cualitativo. Se analizan sendas fuentes documentales que son útiles al estudio del fenómeno social que se aborda. En particular, procura entender no solo el pluralismo jurídico desde diversas dimensiones, sino los sistemas normativos indígenas bajo una revisión documental.

DISCUSIÓN

1. *Pluralismo jurídico: consideraciones previas.*

Previo al entendimiento del pluralismo jurídico como categoría conceptual, interesa comprender la importancia y el alcance del derecho a la diferencia. Este ha sido concebido como el derecho del que gozan las personas a reconocerse como partes integrantes de un grupo social específico y ostentar beneficios concretos, por esta razón, se verá lo complicado que resulta darle a los “otros” una identidad específica.

Olive (2012) considera que la identidad de los que se dicen pertenecientes a un colectivo, se logra en virtud de aquello que los identifica como miembros del grupo y los diferencia de otros ciudadanos. Según este autor, en la medida en que se logre el reconocimiento de esta diferencia, el Estado podrá actuar desplegando políticas y transformando la normativa existente; estará obligado además a respetar los derechos del grupo y hacerlos efectivos en virtud de la cultura para la autenticidad, la identidad y la puesta en marcha de la autonomía de los sujetos, pero al mismo tiempo deberá respetar, vigilar y reconocer la concreción de los derechos individuales.

No obstante, el entendimiento del derecho a la diferencia se complejiza cuando se cuestiona cómo entender al “otro” o qué implica la “otredad”. De acuerdo con Herliam (2010), para Derrida, esta otredad es vista como una plataforma que permite vislumbrar las delimitaciones que existen entre desigualdades y entidades, el devenir de la identidad y la no-identidad, la pretendida búsqueda del “yo”. Se aclara que este “yo” derridiano implicaría la no inscripción o afiliación de otro a una identidad en concreto; simplemente este existe para sí mismo y para otro u “otros”, aunque no pertenezca al mismo modo de vida, cultura e identidad de estos.

Al mismo tiempo, para Derrida (1998, 2000, como se citó en Chocho, 2019, p.3), se torna difícil la relación con la otredad¹. La única forma de lograr esta relación con ese “otro” sería, en su opinión, desde la hospitalidad. Implica un respeto y afirmación de ese “otro”, aun cuando me resulte incomprensible en la medida en que ese “otro” no es igual a mí, sino algo distinto. Es casi imposible entrar en contacto con ese “otro” si se tiene un preconceito, prejuicio o modelización previa. Si así fuera, el “otro” pierde la “otredad” y sería cosificado por mi “yo”. Se advierte

¹ Esta dificultad se concreta en el hecho de que, como lo expone Chocho, “si me vinculo con el otro, lo “desotro” porque no hay modo de que mi yo no se mezcle en lo que se percibe del otro. Y si pretendo no “desotrarlo” no me vinculo” (2019, p.3).

entonces lo difícil que es circunscribir al “otro” en una identidad o simplemente querer, desde mi “yo”, afiliarlo a una.

Ahora bien, otros autores como Álvarez (1998) enuncian que se presentan serias dificultades al pensar al “otro”. Este autor afirma que el “otro” es una vía concreta y singular que ocurre en un tiempo y lugar específico, por lo que su presencia no puede ser ilusionada o pensada. Este “otro” no ha podido ser dicho, y al querer pensar en el “otro” realmente lo que se está haciendo es pensar sobre el “otro”. De esta forma, en vez de buscar pensar en el “otro” tendría que dotarle a este del derecho de expresar quién es él. El hablar solo le pertenece a este “otro”, por lo que al hablar del “otro” desde mi “yo” lo estaría devaluando. Ciertamente esto es lo que se debería buscar si se habla de un respeto al “otro”: habilitar espacios en los que las otredades puedan hablar por sí mismas, expresando sus demandas y necesidades desde su condición subalterna, darles voz, a los sin voz.

Lo antes expuesto es, particularmente importante para los miembros de colectivos indígenas que han sido invisibilizados históricamente y a los que, aunque se les reconocen ciertos derechos que están contenidos en instrumentos internacionales y en las mismas constituciones políticas en América Latina (y en otras normas), no han estado en posibilidad de hacerse partícipes por sí mismos de ciertos escenarios. Estos individuos muchas veces están presuntamente representados por líderes de las comunidades, pero su voz no trasciende. En otros casos, los derechos como la autodeterminación, el autogobierno o la consulta previa, quedan simplemente consagrados o transcritos, porque no se mide o valora su concreción en la práctica y mucho menos se les hace partícipes en escenarios en los que se discuten aspectos que puedan resultar de su interés. De esta manera, su derecho a hablar o expresarse desde su “otredad” queda anulado. Esto demuestra que no basta con reconocer la diferencia.

Considerado este aspecto, interesa centrar la atención en el pluralismo jurídico. De acuerdo con este, es viable que las visiones del mundo tengan dimensiones ilimitadas; que los que hacen parte de culturas diferentes vivan, paralelamente, en mundos distintos. Este pluralismo niega la existencia de un hecho o una representación unívoca sobre la realidad a la que tienen que acceder los seres humanos, independientemente de cuál sea la cultura o la comunidad epistémica a la que pertenecen. El pluralismo jurídico avala visiones del mundo que no son compatibles en diversas dimensiones y que las teorías y creencias que se adoptan según ellas tengan validez (Olivé, 2012). El pluralista valida la existencia de visiones o marcos conceptuales que no son compatibles pero que, a la postre, conllevan a creencias correctas.

De Sousa (1988) sostiene que el pluralismo jurídico tuvo origen en dos escenarios: uno colonial y otro no colonial. En el primer escenario, el pluralismo legal se desplegó en naciones que fueron objeto de dominación política y económica, en las que se instó a aceptar, sin más, las normas jurídicas que operaban al interior de los países. En este contexto, se favoreció la confluencia, en un mismo espacio, de los derechos tradicionales y el derecho del Estado colonizador. En el segundo escenario se presentaron diversas situaciones, a saber: a) países con

tradiciones y culturas propias terminaron adoptando el Derecho Europeo como una manera de consolidar y modernizar su régimen político; b) países que, luego de ser impactados por una revolución política, mantuvieron durante un tiempo su derecho, pese a que este había sido derogado por el derecho revolucionario; y c) las poblaciones indígenas no exterminadas o que fueron sometidas a leyes de quienes los invadieron, conservando su derecho tradicional (De Sousa, 1988).

Analizado el origen del precitado pluralismo jurídico, De Sousa (2012, como se citó en Luna, 2016) manifiesta que es fundamental para la reivindicación de naciones y pueblos indígenas en Latinoamérica de cara al Estado neocolonial. Implica pensar, con independencia de la coexistencia de sistemas jurídicos, la sustitución del derecho moderno con valores, principios, normas y procedimientos propios practicados por los pueblos indígenas. Por su parte, Wolkmer (2003) refiere que el pluralismo jurídico no supone la minimización o negación del Derecho Estatal, sino el reconocimiento de que este es uno de muchos que pueden existir en la sociedad. Implica no solo prácticas semiautónomas e independientes, sino también normativas, formales y oficiales, así como prácticas no informales y no oficiales. En la misma línea se asume la coexistencia de ordenes jurídicos diferentes que definen -o no- las relaciones entre sí.

Se señala además la existencia de dos tipos de pluralismo, a saber: estatal y comunitario. El primero está permitido, reconocido y controlado por el Estado; posibilita la existencia de diversos campos sociales de carácter semiautónomo relacionados con un poder político centralizador, así como de sistemas jurídicos que se establecen jerárquica y verticalmente mediante grados diversos de eficiencia. En este caso los derechos “no estatales” son representativos de una función complementaria y residual; su competencia puede verse disminuida o incorporarse a la legislación del Estado. Por su parte el pluralismo comunitario actúa en un espacio que está formado por sujetos colectivos, tiene fuerzas de orden social y autonomía propia, y subsiste con independencia del control del Estado.

De igual forma refiere el mencionado autor que la propuesta de pluralismo jurídico como proyecto de carácter alternativo supone la existencia y reunión de ciertos requisitos que implican la observancia de: a) la legitimidad de sujetos sociales; b) la descentralización y democratización de espacios públicos de participación; c) la defensa de ética solidaria; y d) la constitución de procesos que conlleven a la racionalidad emancipatoria.

Con relación a los sujetos sociales (para el caso concreto, podría hablarse de los “indígenas”), estos fungen con un rol protagónico frente a nuevos paradigmas; ya no son simples sujetos abstractos, privados y metafísicos que se adaptan a las condiciones objetivas y a la realidad global, sino que son individuos libres, vivos, que actúan y se autodeterminan. Así las cosas, lo colectivo no puede ser circunscrito a identidades humanas existentes según etnias, clases, necesidades, religiones, sino según la postura que permite que simples sujetos sumisos, dominados, inertes, pasen a la participación, la emancipación y la creación de su historia (Wolkmer, 2003).

Se evidencia aquí el pluralismo de tipo comunitario para cuya implementación se requiere la declaración de una política que permita la participación y descentralización con un enfoque ético.

Adicionalmente, Wolkmer (2003) invita a la aplicación y producción de derechos que provengan de prácticas sociales en comunidad, de luchas, más allá de la gestión que adelanten al respecto los agentes estatales; de manera específica, no se habla de la concreción de estos derechos a través de las Asambleas Legislativas, Tribunales o Escuelas de Derecho, sino en el seno comunitario y con nuevos sujetos sociales. Este autor destaca que se ha avanzado paulatinamente en la constitución de una sociedad latinoamericana democrática y pluralista; en todo caso, es importante en este escenario la crítica sociojurídica como una táctica para la creación de condiciones políticas, epistemológicas e ideológicas que permitan la cristalización de una justicia material suficiente para que, en un futuro cercano, se llegue al logro de un espacio público participativo en el que confluyan plurales intereses particulares y voluntad general, de una igualdad que se funde en diferencias y diversidades.

Por su parte, Rosillo (2017) ha referido que el pluralismo jurídico habilita la existencia de sendos ordenes normativos. Al generarse el Derecho, esta labor no corresponde exclusivamente al monopolio estatal. Hay distintas clases de pluralismo jurídico en términos políticos y económicos y, en este escenario, la discusión sobre este pluralismo se torna fundamental, específicamente cuando se pretende el constructo de una sociedad democrática, participativa, pluralista -valga la redundancia- que se adapte a los fenómenos de sociedades convulsionadas como las de Latinoamérica, que han tenido que hacerle frente a la dependencia, el neocolonialismo y el autoritarismo.

Asimismo, afirma que el pluralismo jurídico, en su sentir, debe constituirse como un proyecto de participación democrática que cuenta con estructuras sociales que dependen de otras prácticas pluralistas que son presentadas como alternativas al neoliberalismo, a las nuevas formas de colonización de los países característicamente capitalistas. En este orden de ideas, el pluralismo jurídico como propuesta emancipatoria busca la cristalización de una propuesta democrática que atienda a las necesidades de Latinoamérica, fundándose en la no instrumentalización del derecho. En estas condiciones, las estructuras sociales y sus actores cambian constantemente y posibilitan un nuevo constructo de la esfera jurídica con miras a la reorganización de lo político.

Continúa explicando el autor que, a través del pluralismo jurídico se pretende una legalidad alternativa, superando las modalidades convencionales de desreglamentación social y la democracia neoliberalizada, con miras a la consolidación de un proyecto jurídico-político que se derive de prácticas sociales contestatarias, impulsadas para satisfacer necesidades. Por intermedio de este pluralismo se busca la concreción de los derechos humanos, considerando al sujeto en su condición intersubjetiva, viva y práctica.

Finalmente, con relación al pluralismo jurídico, Enrích señala que el eje central del no es la norma, la ciencia o la jurisprudencia, sino la sociedad (como se citó en Carvajal, 2019). Este derecho debe responder a la realidad social estatal, a la diversidad cultural y comunal que le es inherente, en especial cuando este Derecho ha tenido históricamente un carácter ineludiblemente colonial (De Sousa, 2007, p.26). La ciencia jurídica debe apuntar a procesos descoloniales de pueblos y comunidades indígenas (Yrigoyen, 2016).

De lo dicho se tiene que el pluralismo jurídico implica no solo el reconocimiento de la multiplicidad de visiones que se pueden visualizar del mundo legal -y de sus sistemas-, sino la posibilidad de coexistencia del derecho de Estado y de aquel que se produce en el seno de los colectivos indígenas, sin que uno soslaye al otro. Para alcanzar esta situación es indispensable que se habiliten espacios en el que intervengan los miembros de los grupos indígenas. Solo así será posible concretar la idea quimérica de una sociedad democrática-participativa.

2. Pluralismo jurídico en América Latina.

De lo dicho hasta aquí se sostiene que, en virtud del pluralismo jurídico, se acepta la existencia de sendos sistemas normativos; el colectivo que esté dotado de su correspondiente sistema jurídico deberá reconocerlo como válido o efectivo al interior del Estado o de un espacio geopolítico específico (Díaz & Antúnez, 2018). La validez normativa de los diferentes sistemas es vista como un componente del ordenamiento jurídico nacional y supone la existencia de variadas reglas en términos competenciales, así como una posición contestataria al monismo jurídico que abandera la existencia de un único marco normativo estatal (Laguna et al., 2020).

A nivel de Latinoamérica el pluralismo jurídico se potencia en virtud de múltiples procesos y reformas constitucionales originadas en la firma y ratificación del Convenio 169 de la OIT (Santamaría, 2015). No obstante, no se ha logrado el establecimiento de un sistema equitativo e igualitario, pese a que las constituciones en la región pugnan normativamente por una sociedad más justa: específicamente, para el año 2008, eran distintas las cartas políticas que aludían a los derechos de los pueblos indígenas, a sus diferencias y el corte pluralista de los países (Laguna et al., 2020).

En todo caso, debe reconocerse que, desde el concepto de pluralidad jurídica y cultural en América Latina, se ha venido luchando por las colectividades indígenas, porque estas sean reconocidas, lo que ha permitido la convivencia de las normas en búsqueda del bien común, sin obviar la existencia del derecho indígena -o de los sistemas de derecho indígena- de cara al derecho ordinario (Laguna et al., 2020).

3. Pluralismo jurídico en México: sistemas normativos indígenas

Realizada esta aproximación teórico conceptual, interesa hacer un acercamiento a los sistemas normativos indígenas y la teoría que sustenta su existencia. En este

orden de ideas, se retoma la tesis de Hart (1995, como se cita en Peña *et al* 2002) referida al realismo jurídico. En esta línea no interesa tanto la creación normativa, sino su puesta en práctica por parte de los órganos encargados de aplicarla. Este sistema jurídico debe ser comprendido como un grupo de normas o reglas que existen gracias a la reiteración de una conducta, la presión social que favorece su permanencia, una reacción nugatoria frente a los individuos que sean ajenos a esa conducta y la creencia colectiva de su aceptación.

La conformación de este sistema depende de dos reglas, a saber: las primarias, que conducen a los sujetos a llevar a cabo algunos actos que imponen ciertas obligaciones de fuerza compulsiva; las segundas, encargadas de las primarias y divididas en reglas de reconocimiento (que indican las características que deben cumplir las normas y cuáles de ellas integran -o no- un sistema jurídico), cambio (que dinamizan el ordenamiento jurídico y dotan de potestades a determinados funcionarios y particulares con miras a crear las reglas de reconocimiento y lograr así el surgimiento de derechos y obligaciones) y adjudicación (que otorgan competencia a un nicho específico de personas -jueces- para que se logre establecer si se está o no ante la violación o vulneración de una regla primaria (Peña *et al*, 2002).

En estas condiciones es viable concluir que, para el realismo jurídico, la norma existe en la medida que no solo está vigente sino por la adaptación que el colectivo social hace de ella, supuesto último que le da validez (Peña *et al*, 2002). Ahora bien, ¿de qué manera se conecta esta teoría con los sistemas normativos indígenas? Ciertamente, en estos se sitúan normas o reglas que establecen derechos y obligaciones de los miembros que integran un colectivo o grupo y que requieren que su vida esté regulada por un sistema normativo propio.

Considerado este punto, ¿cómo se entiende a los sistemas normativos indígenas? Aunque la respuesta no es simple, debe tenerse en cuenta que estos han sido comprendidos como normas jurídicas orales, de orden consuetudinario, que comunidades y pueblos indígenas usan y validan para la regulación de sus actos públicos y sus autoridades aplican para solucionar conflictos. Estos sistemas normativos indígenas también tienen origen en los usos y costumbres de orden jurídico, religioso, político que permanecen incólumes a través de las generaciones (Comisión Nacional de los Derechos Humanos [NDH], 2008, p.23). Además, incluyen derechos regulados o protegidos dentro de sus leyes y formas de organización política económica, religiosa y cívica (Bustillo, 2016, p. 69). También los integran normas escritas y no escritas que crean jerarquías jurídicas o que se encargan de la regulación de la conducta, para el caso de los indígenas.

Sin embargo, los conceptos que se han arrogado a los sistemas normativos indígenas resultan bastante restrictivos en la medida en que se les asocia con prácticas que son repetidas y aisladas, cuando, a decir verdad, no lo son (Aragón, 2007). Contrariamente, tales prácticas se articulan de forma sistemática. Tampoco se reiteran inmemorablemente, puesto que tienen una adaptación histórica, tanto así que han logrado oponerse no solo a la persecución de los pueblos sino a los cambios sociales.

Se estima que los sistemas normativos indígenas son instituciones fundamentales para la creación de su derecho propio. Pese a que inicialmente fueron globalmente conocidos como costumbres, usos y prácticas, posteriormente se logró su concepción como un genuino derecho consuetudinario, al punto que en la actualidad es posible hablar de estos como un verdadero, compuesto y completo sistema de normas, procedimientos y autoridades indígenas. Los sistemas normativos indígenas se ven concretados muchas veces por la costumbre jurídica que integra tradiciones, usos, costumbres y por el reconocimiento de las autoridades y organismos que los deben aplicar al interior de las comunidades.

Asimismo, estos sistemas se articulan y regulan por principios como los de complementariedad e interconexión, colaboración, convergencia y coordinación (Martínez, 2013, p. 414), además de contar con diversas normas indígenas que se codifican en términos consuetudinarios y que no se limitan a la dimensión jurídica. Lo jurídico está conectado con lo simbólico, lo social, lo cultural, y por tanto va más allá de la ley. Lo normativo tiene imbricación con esta “categoría difusa, pero rica semánticamente, que viene siendo utilizada por los pueblos indígenas y que se traduce como buen vivir y vida digna” (Martínez, 2013, p. 414).

Estos sistemas son analizados desde dos dimensiones: a) la de fundamentación, que implica que los sistemas preexisten a la conformación del Estado y los sistemas normativos ordinarios; y b) la normativa, donde se advierten conflictos debido a la interacción entre los mencionados sistemas ordinarios y los normativos indígenas. Esta segunda dimensión es compleja, global, pluralista y lleva consigo la máxima de derechos colectivos indígenas (Martínez, 2013).

Entre las características principales de estos sistemas destacan las siguientes: presiden a la comunidad, dando prelación a lo colectivo por sobre la individualidad; priorizan la conciliación, toda vez que buscan la solución de conflictos a través de la discusión entre partes y hacen partícipes a las autoridades internas; su aplicación se limita a las comunidades, relevando sus costumbres y valores culturales; consideran íntegramente los asuntos sin distinción de materias; son acatados de forma multilateral, puesto que cumplen con normas de orden comunitario; las sanciones que en ellos se prevén son formativo-ejemplares, toda vez que buscan evidenciar conductas reprochables para el grupo (Avendaño, 2017, p. 348).

Ahora bien, ¿cómo identificar los sistemas normativos indígenas? Ciertamente, dentro de sus características más relevantes se encuentran la constitución como sistemas jurídicos autóctonos; la existencia de ciertos principios fundamentales para los derechos y obligaciones útiles en la regulación de comportamientos; el análisis situacional del conflicto y la construcción de consenso; la pauta del modo en que deben entenderse y emplearse las leyes con miras a la resolución de conflictos y la regulación de la vida social; la recopilación y análisis de las disposiciones normativas que impactan a los pueblos indígenas y pretenden la configuración de un estatuto particular de estos en el orden estatal; y la configuración de una teoría jurídica alternativa que critica las concepciones formales (Iturralde, 1990).

Ahora bien, ¿en qué radica la relevancia de los sistemas normativos para estos colectivos indígenas? Su fuerza proviene principalmente del agotamiento de las formas en que funcionan los partidos de tradición o la concreción de formas de justicia ordinaria que, la mayoría de las veces, no atienden las demandas, las necesidades ni la cosmovisión de los miembros de pueblos y comunidades indígenas. Así las cosas, se viene pugnando por la existencia de un marco jurídico en el que sea posible el ejercicio de “lo propio” y en el que estos actores sociales se encuentren en posibilidades reales de reivindicarse a través de la ley, eligiendo a sus representantes y gestionando sus propios recursos.

Es oportuno señalar que el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra tales sistemas jurídicos. En efecto, según este artículo, deberá reconocerse y garantizarse el derecho de pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y autonomía, aplicándolo para solucionar y regular conflictos propios con sujeción a los principios establecidos en la Carta Magna, buscando el respeto tanto a los derechos humanos como a las garantías individuales, teniendo como eje la dignidad humana (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [PEUM]).

Esta previsión normativa es importante, en especial porque los pueblos indígenas demandan, en un escenario neoliberal, hegemónico y globalizado, el reconocimiento y puesta en marcha de sus sistemas de justicia, de sus usos, costumbres, tradiciones, valores, idioma y de su visibilización en los procedimientos de orden legal (United Nations Human Rights Office of the High Commissioner [OHCHR], 2013).

Dicho esto y atendiendo a la pluralidad de sistemas normativos indígenas que existen en México, se buscará centrar la atención en la experiencia que a este respecto se ha tenido en el Estado oaxaqueño. No obstante, es preciso aclarar previamente el reconocimiento de estos sistemas en la Constitución Política del Estado libre y Soberano de Oaxaca. En virtud de este reconocimiento se ha previsto la posibilidad de que las comunidades indígenas puedan elegir a sus autoridades a través de usos y costumbres, con lo que se busca lograr una nueva concepción del sistema jurídico local, dentro del cual convergen la normativa legislada y la indígena (Instituto Nacional Electoral [INE], 2018).

Esta norma propició el reconocimiento de autoridades, principios, procedimientos e instituciones propias en los 417 municipios que se valen de esta forma de elección en el Estado. Como parte de un catálogo integrado por el Instituto Estatal Electoral y de Participación Ciudadana de Oaxaca, se llegó a identificar que alrededor de 321 municipios eligen autoridades por el término de 3 años, que el grueso de dichos municipios lo hacen a través de asambleas comunitarias y por medio de distintas formas de votación, entre las que se encuentran el uso de boletas, planillas y urnas, así como la existencia de aproximadamente siete métodos de elección, a saber: elección a mano alzada, por bloques, empleando papelógrafos o cartulinas y de manera oral. A su vez, se estableció que la mayoría de grupos indígenas procede con sus correspondientes elecciones durante los

meses de agosto y octubre (INE, 2018).

No solo la Carta Magna local reconoce a los pueblos indígenas y sus sistemas normativos, sino que disposiciones como la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación del Estado de Oaxaca tienen igual intención: su artículo 69 enuncia que la normativa debe interpretarse respetando los procedimientos, prácticas y normas tradicionales de los colectivos, mientras que el 82 refiere que las decisiones tomadas por parte de las autoridades deberán comunicarse a los integrantes de estas, con efectividad, para que se logre una adecuada defensa en asuntos jurisdiccionales. A la par, la Ley Municipal para el Estado de Oaxaca reconoce expresamente en el artículo 21 que los municipios regidos por usos y costumbres deben respetar prácticas y tradiciones conforme a los procedimientos que deban aplicarse.

Asimismo, el Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales de Oaxaca dispone en su artículo 26 que pueblos y comunidades indígenas pueden elegir a sus representantes ante los ayuntamientos y que leyes y constituciones locales deben regular y reconocer estos derechos con la intención de robustecer la participación y representación política conforme a sus tradiciones y normas propias. A la normativa en mención se suma el hecho de que Oaxaca fue, en su momento, la primera entidad federativa que promovió estas reformas legislativas por los derechos de los colectivos indígenas a nivel nacional, así como una de las pioneras en procurar la concreción del derecho electoral indígena de conformidad con su propio ordenamiento jurídico.

Todo lo anterior podría llevar a pensar que el sistema jurídico oaxaqueño se ha mostrado suficiente para la priorización de la normatividad ancestral, étnica, indígena, estando prevista no solo en la Constitución sino en las leyes. No obstante, como se verá, esto no logra concretarse plenamente en la realidad. Considérese, para el efecto, lo ocurrido con los sistemas normativos según se presenta a continuación.

El primer sistema a considerar es el del pueblo de Santiago Ixtayutla, ubicado en una región aislada de la costa Oaxaqueña. Su terracería estrecha y cerrada propició que su sistema de gobierno, ostensiblemente tradicionalista, ejerciera, a través del consejo, la autoridad máxima del pueblo sin mayor intervención externa. Este sistema “de tradición” se vino articulando con el sistema priísta a través de los *brokers*, individuos situados en la localidad que estudiaban como maestros de mestizos emigrantes del municipio Sola de Vega. No obstante, gracias a las acciones desplegadas por la iglesia con la “teología de liberación”, así como con la aparición de ONG’s en el orden municipal, se ha generado un sentimiento de inconformidad social. Varios grupos empezaron a mostrarse en desacuerdo por considerar injusta la imposición de gravámenes y de un sistema político local (Martínez, 2006) que desconoce su sistema normativo tradicional.

Otro de los sistemas oaxaqueños a resaltar es el de los mixtecos ubicados en la comunidad de Santiago Amoltepec en la Sierra Sur, una región bastante

conflictiva en términos multiculturales, donde han coexistido municipios de chatitos, mestizos, mixtecos y zapotecos. Este municipio se caracteriza por ser un pueblo guerrero, en especial porque han tenido que resistir y pelear con sus vecinos, con los que han tenido conflictos en términos de tierras ancestrales, en particular con la comunidad de La Rayera. Esto, en su oportunidad, potenció una crisis que condujo a una ruptura interna con consecuencias graves. Este conflicto estuvo mayormente circunscrito al concepto de costumbres y usos y al poder municipal, por lo que las asambleas electivas estuvieron expuestas a diversas disputas que propiciaron hechos violentos (Martínez, 2006).

Otros sistemas normativos como los de las comunidades asentadas en Tanétze de Zaragoza, San Miguel Quetzaltepec o Santiago Yaveo han puesto de relieve que las regulaciones que reconocen derechos de pueblos indígenas han ampliado parámetros normativos de forma que la valoración de las conductas objeto de sanción se ha vuelto ambigua en el orden local. Esto ha llevado a los actores a recurrir a instancias externas con capacidad de decidir de qué manera deben valorarse sus normas internas; potenciando el margen discrecional con que cuentan las instituciones del Estado que han aprovechado estos conflictos para medir su propia capacidad de control y gestión política frente a otros grupos políticos.

Con estos antecedentes, se advierten problemas en la puesta en práctica de los sistemas normativos indígenas en Oaxaca. Es evidente que existen barreras en la regulación de las relaciones sociales de estas comunidades mediante sus propias normas, pese a que hay un reconocimiento legal de estas. Por tal razón, como lo expone Kylimcka (1996, p. 47), es importante que estas jurisdicciones y normas indígenas cuenten con un piso que permita el libre y pleno desarrollo de las culturas, la garantía de los intereses de las personas, el reconocimiento de la competencia de las autoridades en la solución de conflictos, y la existencia de una norma o tradición aplicable a estos, donde se cuente con una legitimidad jurisdiccional.

Esto resulta fundamental en un escenario donde se abandera la idea de respeto a usos y costumbres, pero dentro del cual esta latente el intervencionismo del Estado. En estos contextos, el reconocimiento vigente a los sistemas y ordenamientos jurídicos indígenas es muy ambiguo (Martínez, 2006) o simplemente se emplea como una estrategia de control político (Recondo, 2001; Anaya, 2002).

A lo expuesto se suman los conflictos de poder surgidos en el escenario del reconocimiento jurídico de usos y costumbres. En este contexto, el resultado ha sido que los grupos locales creen discursos, reinventen sus tradiciones, fundamenten sus prácticas en lo ancestral y generen redes de relaciones con sectores distintos a la comunidad con la que comparten sus posturas.

En estas condiciones urge reconocer que las comunidades indígenas están dotadas de definiciones jurídicas y reglas de convivencia útiles en términos de sociabilidad, orden y distribución, distintas a las que caracterizan al sistema ordinario. Es justamente por esto que en México debe reconocerse su autonomía con miras

a la definición de su organización y la solución de conflictos por conducto de las instituciones públicas locales (Martínez, 2006).

De lo anterior se colige la necesidad de construir un nuevo panorama jurídico para las comunidades indígenas, no solo en Oaxaca sino en México. Deben propiciarse escenarios que habiliten la concreción de sistemas jurídicos híbridos que, además de estar regulados por la ley, puedan ser objeto de evaluación práctica, evidenciando hasta qué punto es priorizada la cultura, la libre determinación y la cosmovisión de estos grupos. Igualmente, será indispensable considerar las formas en que, desde el punto de vista local, se logra la convivencia y se llega a comprender que la constitución del orden indígena no debe ser observada de forma aislada, pues existen claras conexiones entre los sistemas indígenas y el ordenamiento jurídico, y estas han ido incrementándose, como es obvio, gracias a la globalización.

El ejercicio analítico-crítico que se acaba de realizar supone el entendimiento y visibilización del fenómeno y advierte de la necesidad de pensar en alternativas tales como la economía indígena local o el aumento, sin tantas limitaciones, de jurisdicciones y competencias locales del Derecho consuetudinario que no se encuentren subordinadas al Derecho ordinario, observándose más bien cómo podría contribuir desde sus experiencias de éxito el primero al segundo. Para ello habrán de funcionar genuinos gobiernos locales, regionales y municipales, con funciones judiciales, legislativas y gubernativas. Para esto también es preciso, según Martínez (2006), impulsar la transformación de la institucionalidad. Aunque ciertamente esto se ha hecho, persisten las brechas que se presentan en términos de reconocimiento de la pluralidad jurídica, puesto que aún cuesta abordar los conflictos sin la deslegitimación del autogobierno, la autodeterminación y la autonomía de los indígenas.

CONCLUSIONES

El derecho a la diferencia ha sido concebido y conceptualizado de múltiples formas. No obstante, supone, en la materialidad, no solo el reconocimiento de los derechos que detentan, para el caso concreto, los miembros de los colectivos indígenas, sino la importancia de su inscripción a un grupo o identidad, a través del respeto y afirmación del otro que le permita, válidamente, hablar por sí mismos de cara a las demandas y necesidades que se le presentan, en especial cuando hay una invisibilización histórica.

Por su parte, el pluralismo jurídico supone el reconocimiento de diversas realidades y visiones. Su origen se halla en un escenario de coexistencia de normas de carácter ordinario o de un derecho de Estado, por una parte, y normas del derecho consuetudinario, por otra. La pugna por el despliegue de este pluralismo es fundamental si se pretende la reivindicación de los colectivos indígenas. Es fundamental que en este escenario se dé un reconocimiento al rol protagónico detentado por los sujetos sociales como agentes partícipes y emancipados. Solo así será posible cristalizar la idea de una sociedad participativa y democrática que

haga frente a la perpetuidad de la colonización y al neoliberalismo.

Ahora bien, los sistemas normativos indígenas suponen la puesta en práctica de las normas y su aceptación por parte de aquellos a quienes les resulta aplicable; además, están integrados por normas escritas y no escritas. A través de estos sistemas, los colectivos indígenas validan su regulación y buscan solucionar sus conflictos. Estos sistemas dan prelación a la colectividad por sobre la individualidad. Es oportuno señalar que tienen un carácter ineludiblemente autóctono. El reciente rol protagónico que se le ha dado a estos sistemas obedece al hartazgo que han tenido los colectivos indígenas frente al modo en que han operado los partidos tradicionales, a la desatención de sus demandas y necesidades, y al desconocimiento de su cosmovisión.

Tratándose de la realidad mexicana, el artículo 2º de la Constitución Política de esta nación consagra y reconoce estos sistemas. Dicho reconocimiento también se evidencia en la Constitución local de Oaxaca, en la que se prevé la elección de autoridades a través de usos y costumbres, así como de los procedimientos e instituciones propiamente indígenas, en especial, atendiendo a la existencia de múltiples sistemas en la región en cuestión. Otra norma que hace el mismo reconocimiento es la Ley General de Sistemas de Medios de Impugnación, de manera específica, de cara a las prácticas, procedimientos y normas de los indígenas, así como el Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales de Oaxaca.

Esta múltiple consagración podría conducir a pensar que hay un respeto íntegro de estos sistemas normativos indígenas. No obstante, y aunque el Estado ha sido considerado como un referente en el entendimiento de estos sistemas en el orden nacional (por el número de sistemas existentes), ciertamente se siguen presentando dificultades en términos de su respeto y entendimiento por parte de los “no indígenas”.

En este contexto, se advierte que hay límites en la concreción de los sistemas normativos indígenas en Oaxaca, entre otros factores, por la imposición de sistemas políticos estatales, el conflicto con otras comunidades indígenas aledañas que ha limitado el respeto pleno de los usos y costumbres, así como la ambigüedad en la interpretación de cómo deben cristalizarse y valorarse las normas internas de estos colectivos en lo estatal. En virtud de lo anterior, es necesario cuestionarse, no solo a nivel de Oaxaca sino a nivel nacional, cómo pueden superarse las limitaciones para la concreción de los sistemas normativos indígenas; de qué manera puede lograrse un piso jurídico que permita su desarrollo; por qué hay ambigüedades en su interpretación; y cómo lograr una colaboración armónica entre el derecho consuetudinario y el derecho ordinario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvarez, F. (1998). Quinto capítulo: la deriva del pensar al otro y desde el otro., <https://freddyalvarezg.wordpress.com/2017/06/12/quinto-capitulo-la-deriva-del-pensar-al-otro-y-desde-el-otro/>

- Anaya, A. (2002). *Governability and legitimacy in Mexico: the legalisation of Indigenous electoral institutions in Oaxaca*. Universidad de Essex.
- Aragón, O. (2007). Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa del pluralismo jurídico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol.40, 9-26.
- Avendaño, E. (2017). *Los sistemas normativos de los pueblos indígenas*. UNAM.
- Bustillo, R. (2016). *Derechos políticos y sistemas normativos indígenas: caso Oaxaca*. TEPJF.
- Carvajal, M. (1 de diciembre de 2019). *ElPaís.cr*. Eugen Ehrlich pionero de la sociología jurídica. <https://tinyurl.com/2nteqg9p>
- Chocho, M. (2019). *La otredad en la educación: ¿tolerancia u hospitalidad?* <https://arielenlinea.files.wordpress.com/2019/12/la-otredad-en-la-educacion393n.pdf>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2008). Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre el caso de discriminación a la profesora Eufrosina Cruz Mendoza. https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2008_disc.pdf
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [PEUM]. 5 de julio 1917 (México). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Derrida, J. (1998). *Adiós a Emmanuel Lévinas: palabra de acogida*. Editorial Trotta.
- Derrida, J. & Dufourmantelle, A. (2000). *La hospitalidad*. Ediciones de la Flor.
- De Sousa, B. (1988). *El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica*. Porto Alegre.
- De Sousa, B. (2007). El discurso y el poder. *Crítica jurídica: revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*, Nro. 26, p. 26.
- De Sousa, B. (2012). *Derecho y emancipación*. Corte Constitucional del Ecuador.
- Díaz, E., & Antúñez, A. (2018). El derecho alternativo en el pluralismo jurídico ecuatoriano. *Estudios constitucionales*, Vol. 16365-394.
- Hannerz, U. (1998). *Conexiones transnacionales, cultura, gente, lugares*. Frónesis Cátedra.
- Hart, H.L.A. (1995). *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot.
- Heriliam. (2010). *Jacques Derrida: el camino de la "otredad"*. <http://ideas-filosoficas.over-blog.es/article-jacques-derrida-el-devenir-de-la-otredad-42158701.html>
- Instituto Nacional de Lenguas Indígenas [INALI]. (2008). Catálogo de las lenguas indígenas nacionales: variantes lingüísticas de México con sus autodeterminaciones y referencias geoestadísticas. http://www.inali.gov.mx/pdf/CLIN_completo.pdf
- Instituto Nacional Electoral [INE]. (2018). Los sistemas normativos indígenas: otras formas de democracia. <https://www.ieepco.org.mx/articulos-opinion/los-sistemas-normativos-indigenas-otras-formas-de-democracia>
- Iturralde, D. (1990). *Movimiento indio: costumbre jurídica y usos de la ley*. Instituto Indigenista Interamericano.
- Kylimcka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Editorial Paidós.
- Laguna, H, Méndez C., Puetate, M., Álvarez M. (2020). Origen y evolución del pluralismo jurídico en América Latina, como una visión crítica desde la perspectiva del derecho comparado. *Universidad y Sociedad*, 12 (5).
- Luna, H. (2016). *La legitimidad social del pluralismo jurídico en Bolivia*. Temas sociales, 39, pp. 243-262.
- Martínez, A. (2013). Los sistemas normativos indígenas en el marco del pluralismo jurídico. Un análisis desde los derechos. *Revista de derecho político*, Nro. 86, p. 411-444.

- Martínez, J. (2006). *La nueva justicia tradicional, interlegalidad y ajustes en los campos jurídicos de Santa María Tlabbuitoltepec y Santiago Ixtayutla*. CIESAS.
- Martínez, J. (2006). Los límites de reconocimiento de sistemas normativos y jurisdicción de pueblos indígenas de Oaxaca. *Alteridades*, 49-59.
- United Nations Human Rights Office of the High Commissioner [OHCHR]. (2013). Study by the expert mechanism on the rights of indigenous peoples. Access to justice in the promotion and protection of the rights of indigenous peoples. <https://digitallibrary.un.org/record/763035?ln=es>
- Olivé, L. (2012). *Multiculturalismo y pluralismo*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Peña, A, Cabedo, V y López, F. (2002). *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas en América Latina*. Fondo Editorial.
- Recondo, D. (2001). *Usos y costumbres, procesos electorales y autonomía indígena en Oaxaca*. Editorial Porrúa.
- Rivera, S. (1987). El potencial epistemológico y teórico de la historia oral: de la lógica instrumental a la descolonización de la historia. *Temas sociales*, Nro. 11, 49-64.
- Rosillo, A. (2014). *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*. Ítaca.
- Rosillo, A. (2017). Pluralismo jurídico en el constitucionalismo mexicano frente al nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Direito e Praxis*, Vol. 8, 3037-3068.
- Santamaría, R. (2015). El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales. *InSURgencia: revista de direitos e movimentos sociais*, Nro. 12, 165-178.
- Wolkmer, A. (2001). *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura en el derecho*. San Pablo.
- Wolkmer, A. (2003). *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*. CENEJUS.
- Yrigoyen, R. (2016). *¿Qué es el pluralismo jurídico igualitario?* ABC en derechos indígenas <http://docplayer.es/70258951-Abc-5-que-es-el-pluralismo-juridico-igualitario.html>

PLURALISMO JURÍDICO Y TERRITORIALIDAD: UNA LECTURA HISTÓRICA SOBRE BOLIVIA

María Roxana Viruez Valverde
Universidad Mayor de San Simón, Bolivia
roxa.viruez@umss.edu
<https://orcid.org/0000-0002-7538-4024>

Fecha de recepción: 30 de junio de 2022
Fecha de aceptación: 17 de octubre de 2022
Fecha de publicación: 15 de diciembre de 2022

Resumen

El artículo tuvo como objetivo realizar una revisión bibliográfica de tipo histórico-descriptivo sobre pluralismo jurídico y territorialidad en Bolivia desde la década de los noventa hasta la fecha. Se utilizó el análisis de contenido con un enfoque cualitativo. Para la interpretación de los textos se siguió la codificación inductiva, consistente en analizar los textos para identificar temas y debates relevantes. Como resultado de la revisión se identificaron tres etapas históricas de producción sobre pluralismo jurídico y territorio en Bolivia: pre-constituyente, constituyente y post-constituyente. En esta última etapa se identificaron temas que relacionan las categorías: la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina (JIOC), la relación entre la JIOC y la jurisdicción ordinaria (JO), y la correspondencia entre la justicia constitucional y los pueblos indígenas. A partir de la revisión se identificaron aspectos que están adquiriendo relevancia dentro del estudio del pluralismo jurídico, así como los vacíos en investigaciones sobre conflictos territoriales y la importancia de la justicia constitucional en estas temáticas.

Palabras clave: Pluralismo jurídico, justicia indígena, territorialidad, pueblos indígenas, Bolivia.

JURIDICAL PLURALISM AND TERRITORIALITY: A HISTORICAL READING ABOUT BOLIVIA

Abstract

The objective of this article was to carry out a historical-descriptive bibliographic review on juridical pluralism and territoriality in Bolivia, from the 1990s to date. Content analysis was conducted using a qualitative approach. For

text interpretation, inductive coding was used, which consisted of analyzing the texts to find relevant themes and debates. As a result of the review, three historical stages of bibliographic production on juridical pluralism and territory were found in Bolivia: pre-constituent, constituent, and post-constituent. In this last stage, topics were identified that relate to the following categories: the Original Indigenous Rural Jurisdiction (JIOC), the relationship between JIOC and the ordinary jurisdiction (JO), and the correspondence between constitutional justice and indigenous peoples. The review identified aspects that are gaining relevance in the study of juridical pluralism, as well as the gaps in research on territorial conflicts, and the importance of constitutional justice in these issues.

Key words: Juridical pluralism, indigenous justice, territoriality, indigenous peoples, Bolivia.

INTRODUCCIÓN

El pluralismo jurídico es un fenómeno que ha sido estudiado por diferentes disciplinas, con distintos abordajes, y desde diversos contextos culturales. Si bien se ha debatido desde fines del siglo XX, en Bolivia ha tenido mayor atención a partir de su inclusión en el texto constitucional en el año 2009. Desde ese año, la Constitución Política del Estado Plurinacional (CPE) de Bolivia reconoció la plurinacionalidad y el pluralismo en sus diferentes formas - jurídico, político, económico, lingüístico y cultural - abriendo la posibilidad de que los *pueblos indígenas originarios campesinos* ejerzan formalmente sus sistemas normativos y de justicia a través de sus autoridades y procedimientos propios, en igualdad jerárquica que la jurisdicción ordinaria.

En lo que atañe al reconocimiento del pluralismo jurídico, la expectativa era romper con la visión monista del derecho y del Estado y garantizar el respeto al principio de igualdad jerárquica, a partir del cual la jurisdicción indígena originaria campesina gozara de la misma jerarquía que la jurisdicción ordinaria, agroambiental y otras legalmente reconocidas (Art. 179 CPE; Art. 3 Ley de Deslinde Jurisdiccional).

Un problema como el territorial, planteado por los pueblos indígenas, si bien no es nuevo, está cobrando realce en las demandas contra instituciones estatales y conflictos internos entre dirigentes que no respetan los territorios colectivos indígenas. Llama la atención que en congresos, reuniones y asambleas de pueblos indígenas, sus autoridades están utilizando mecanismos constitucionales para defender estos derechos, visibilizando una nueva veta de análisis de la relación entre los sistemas de justicia indígena y los Tribunales de Garantías Constitucionales como representantes del Tribunal Constitucional Plurinacional.

En este contexto, este trabajo presenta una revisión bibliográfica de la producción boliviana e intenta responder la pregunta sobre ¿cómo se ha estudiado el pluralismo jurídico en Bolivia a partir de los conflictos territoriales desde la década de los noventa hasta la fecha?

METODOLOGÍA

La revisión bibliográfica realizada es de tipo histórico-descriptiva, puesto que el análisis se centró en cómo los autores abordaron las categorías de “pluralismo jurídico” y “territorialidad” tanto teórica como empíricamente. En este sentido, se seleccionó para la revisión libros compilados y artículos de revistas digitales de acceso abierto de autores bolivianos desde la década de los noventa hasta el presente, para dar cuenta del avance y transformación de las categorías a lo largo el tiempo.

La recopilación de datos, en un primer momento, se realizó a través de la búsqueda en bibliotecas y repositorios virtuales de universidades, consulta a expertos, presentaciones de informes y libros, seminarios, congresos y encuentros sobre el funcionamiento del pluralismo jurídico en casos de afectación a derechos territoriales. Posteriormente, se realizó el análisis de contenido con base en los siguientes criterios de organización: autor, año, tema priorizado, abordaje o perspectiva teórica, metodología y objetivo. Estos elementos fueron sistematizados, permitiendo organizar los textos y definir etapas históricas de producción.

Durante la revisión, emergieron otras categorías de importancia como “justicia constitucional” y “mecanismos constitucionales de defensa”, de dónde surge la división de la tercera etapa post constituyente, que es la que tiene mayor producción en subtemas como Jurisdicción Indígena Originaria Campesina (JIOC), las relaciones entre la JIOC y la jurisdicción ordinaria, y las relaciones entre la JIOC y la justicia constitucional.

Finalmente, se realizó una sistematización transversal para comparar las fuentes a partir de los subtemas identificados determinando elementos comunes, vacíos y nuevos elementos o nuevas vetas de análisis. En la interpretación de los textos se siguió la codificación inductiva, consistente en indagar la documentación identificando temas o dimensiones relevantes. De este modo se fueron encontrando temas comunes o recurrentes en los textos, lo que también ayudó a la validación del análisis.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Las publicaciones responden a tres etapas históricas. La primera etapa, anterior a la Asamblea Constituyente, será denominada *pre-constituyente*; la segunda, en la que se produjeron textos propositivos como insumos para las discusiones y deliberaciones durante la Asamblea Constituyente, para esta investigación, se denominará *constituyente*; y la tercera etapa, posterior a la aprobación de la Constitución Política del Estado, que se denomina *post constituyente*. La tercera etapa es la que tiene mayor producción, por lo que se subdividió en subtemas que tuvieron mayor interés. Se puede afirmar que el estudio sobre pluralismo jurídico se concentró más en el abordaje y descripción de: 1) JIOC; 2) estudios de caso sobre la relación entre la JIOC y la jurisdicción ordinaria (JO); y 3) justicia constitucional y pueblos indígenas. A continuación, se describe cada una de las etapas y los subtemas mencionados.

1. Primera Etapa: Pre-constituyente

Las publicaciones más representativas priorizaron los temas de reconocimiento del derecho consuetudinario y, dentro de éste, la justicia indígena, con sus normas y procedimientos propios.

Una de las primeras publicaciones fue la *Compilación de Justicia Comunitaria* en 10 volúmenes, publicados entre 1998 y 1999 por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos como resultado del proyecto de reforma judicial del 21 de abril de 1995, que se enmarcaba en el carácter multiétnico y pluricultural del Estado boliviano. El objetivo de esta compilación fue dar insumos para una Ley de Justicia Comunitaria.

En el volumen 8, Ossio y Ramírez (1998) realizan un análisis jurídico de la aplicación del derecho consuetudinario indígena y ofrecen algunas bases para una Ley de Justicia Comunitaria. En el volumen 9, Molina Rivero (1999) defiende el reconocimiento del derecho consuetudinario en el ordenamiento jurídico desde los derechos humanos, a partir de datos empíricos sobre sistemas de autoridades, tipos de conflictos, procedimientos y sanciones. El autor analiza las implicaciones políticas del reconocimiento del derecho consuetudinario indígena en el país, haciendo referencia en particular a las autonomías de los pueblos indígenas en el marco de un ordenamiento jurídico plural.

Posteriormente, se publica la tesis doctoral de Orellana (2004), dirigida por Andrés Hoekema y titulada *Interlegalidad y Campos Jurídicos: Discurso y derecho en la configuración de órdenes semiautónomos en comunidades quechuas de Bolivia*. Este autor parte de la discusión y el entendimiento del derecho y la interlegalidad, desde las dinámicas discursivas. Estas revelan la presencia de diferentes fuentes legales que se cruzan, se impregnan, se superponen y se cambian con principios normativos, desde las cuales el derecho se hace y rehace.

Respecto al “territorio”, Orellana (2004) plantea que la red sindical tiene competencia exclusiva en los problemas relacionados con la tenencia de tierra en Rinconada (provincia Ayopaya); funciona como una “red institucional que norma, resuelve conflictos y formaliza transacciones y acuerdos relacionados con la tierra” (p. 251). Cuando los disputantes tratan de recurrir a instancias o instituciones foráneas como el Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA) o algún juzgado, el colectivo interviene y coacciona discursivamente.

Tal planteamiento resulta interesante porque uno de los problemas más graves que actualmente está suscitando denuncias -de las cuales han sido testigos los autores de esta investigación en las asambleas y reuniones de los pueblos indígenas y comunidades campesinas-, tiene que ver con el territorio y es contra el INRA y sus funcionarios, institución que no da curso a los trámites de titulación colectiva de territorios indígenas originarios campesinos. Esta situación ha derivado en procesos de reconstitución de territorios por parte de dichos pueblos y el uso

de acciones constitucionales de defensa del territorio, recurriendo en la actualidad a estrategias interlegales.

Como cierre de esta primera etapa se puede señalar que las publicaciones mencionadas se centran en realizar un recuento normativo de las legislaciones, especialmente la internacional de derechos humanos, para justificar la importancia del reconocimiento de la justicia indígena y el derecho consuetudinario, término utilizado en ese momento. Los estudios tienen un abordaje jurídico antropológico y son de tipo teórico-descriptivo con base en estudios de caso.

2.Segunda Etapa: Constituyente

La segunda etapa corresponde al periodo de desarrollo de la Asamblea Constituyente de 2006 a 2008. En esta etapa se logró rastrear dos compilaciones importantes: la primera, del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI – Bolivia), coordinada por Alba y Castro; la segunda, el Programa de Investigación Estratégica en Bolivia (PIEB) junto con la Fundación UNIR.

La primera publicación, titulada *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad* (2007), fue realizada para la Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente por el IDEI y se divide en dos acápite: el primero, se refiere al debate doctrinal del pluralismo jurídico; el segundo comprende elementos de aplicación práctica. El aporte fundamental de esta publicación es que esboza las corrientes doctrinales sobre el pluralismo jurídico desde el derecho.

La segunda compilación, titulada *Modos Originarios de Resolución de Conflictos en Pueblos Indígenas de Bolivia* (PIEB-UNIR), realizada por Nicolas, Fernández y Flores (2007), describe y analiza los diferentes modos de resolución de conflictos (MORC) en poblaciones indígenas del país. Esta investigación define las formas de administración de justicia de los pueblos indígenas como *modos* de resolución de conflictos, abandonando la idea de *método* porque implica algo demasiado planificado y sistemático, mientras que la idea de *modos* implica “pragmatismo, improvisación y sentido de adaptación a las necesidades [...]” (p. 17). Se disiente de la visión de los autores que subvaloran la capacidad de racionalidad y creación de *métodos* en la administración de justicia de los pueblos indígenas.

Las investigaciones que componen la compilación dan algunos elementos de análisis sobre los conflictos territoriales, tanto en tierras altas como en bajas, y recogen definiciones propias de los pueblos indígenas sobre territorio y territorialidad desde los actores, su lengua y su cultura.

En cuanto a los procesos de saneamiento de la propiedad agraria, los autores mencionados reconocen problemas en la actuación del INRA. Así, Flores (2007) menciona que en Oriente el INRA tuvo una actitud parcializada a favor de los empresarios, agravada por las prácticas corruptas de algunos dirigentes indígenas. Por su parte, Fernández (2007) menciona un desconocimiento de los MORC y de la territorialidad andina por parte de los técnicos del INRA y de la propia Ley

1715 del Servicio Nacional de Reforma Agraria. Para los autores, existe un vacío en la política institucional del INRA en cuanto a la formación de su personal y al aprovechamiento de la experiencia de terreno de sus técnicos. Un elemento de interés que señalan es que los ayllus esperan que el Estado cumpla un papel de árbitro del saneamiento y garante de los títulos, de modo que sigue pendiente la necesidad de tender puentes y lograr compatibilidades entre lógicas estatales y originarias (Nicolas, 2007).

En esta misma etapa, Molina y Arteaga (2008) realizaron una aproximación teórica sobre el derecho consuetudinario, definiendo el campo jurídico en relación con otros campos como el político, entendiendo como esencial delimitar elementos que hacen a la justicia, la administración de conflictos y los procesos de reconciliación. Esta publicación presenta de forma descriptiva y analítica casos de prácticas jurídicas en las jurisdicciones indígenas campesinas en comunidades del altiplano boliviano. Su estudio muestra dos formas de articulación con la justicia ordinaria en el relacionamiento con el Estado. Una forma de articulación refiere a dos sistemas contrapuestos y distintos que históricamente se practican desde tiempos inmemoriales. La otra es entre jurisdicciones; percibe que la justicia comunitaria y la ordinaria son una secuencia lógica única, lo que significa que ambos sistemas se complementan y rigen bajo dos tipos de racionalidades, pero siguen una misma lógica.

Como se puede ver, la producción bibliográfica en esta etapa estuvo orientada a construir propuestas para la Asamblea Constituyente, dando elementos de comprensión cultural sobre las diferentes formas de administración de justicia para el reconocimiento del pluralismo jurídico. Además de que a partir de los textos se pudieran construir diálogos y horizontes de equidad entre sistemas jurídicos.

3. Tercera Etapa: Post-constituyente

Posteriormente a la aprobación y promulgación de la Constitución Política del Estado (2009), los temas que alcanzan centralidad sobre pluralismo jurídico y territorio fueron las autonomías indígenas y la consolidación de un pluralismo jurídico igualitario en relación con la jurisdicción indígena originaria campesina como parte del órgano judicial boliviano. En este sentido, se mencionan las publicaciones sobre relacionamiento interjurisdiccional y el aporte hacia una comprensión de los derechos de los pueblos indígenas.

En el año 2009 el Programa Construir de Compañeros de la Américas realizó una compilación de dos volúmenes titulados, *Pluralismo jurídico y Diálogo Intercultural en Bolivia*, y *Propuestas para la Ley de Deslinde Jurisdiccional*. El primer volumen se divide en dos partes, la primera presenta una sistematización sobre experiencias de diálogo intercultural en el sistema de justicia; la segunda, un análisis del proceso de diálogo intercultural realizado por el programa Construir-Participación Ciudadana y Justicia Pluricultural, realizado por Ramiro Molina. El segundo volumen recopila opiniones sobre pluralismo jurídico y propuestas de la Ley de Deslinde Jurisdiccional (2010).

El contenido de la segunda compilación se clasifica de la siguiente manera: contexto sobre el sistema jurídico indígena; análisis, comentarios y propuestas sobre jurisdicción y competencia (personal, material y territorial) de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, es decir, del sistema jurídico indígena; relaciones entre las jurisdicciones indígenas y ordinaria; control constitucional; y, por último, comentarios y propuestas sobre otros temas relativos a la Ley de Deslinde (Guachalla, 2009).

Molina (2009) propone el análisis del concepto de jurisdicción indígena a partir de las definiciones de borde, frontera, territorio y territorialidad, diferenciando cómo se trata la conceptualización de territorialidad desde las ciencias políticas y jurídicas, por un lado, y desde la antropología, por otro. Según autor, desde la perspectiva antropológica, el territorio tiene una característica cultural; se trata de una territorialidad simbólica y cultural que tiene tres elementos, a saber: el sentido de la identidad espacial, el sentido de la exclusividad y la compartimentación de la interacción humana en el espacio, lo que significa que asume un modo de comportamiento en el interior del territorio.

La discusión sobre el territorio data de mucho tiempo atrás, pero los autores se centran en el periodo histórico que se ha establecido. De esta forma, Schavelzon (2012) describe cómo se trató el tema de la tierra, territorio y recursos naturales durante la Asamblea Constituyente, a través de una investigación etnográfica. Al respecto, este autor menciona que el discurso sobre el territorio del Movimiento Al Socialismo (MAS) y de Evo Morales estaba guiado por la idea de Revolución Agraria, que planteaba la redistribución de tierras y condiciones para que sean producidas, y de avanzar con el “saneamiento” usando como herramienta la legislación vigente. La idea de Revolución Agraria implicaba cuatro componentes: la redistribución, acabar con el latifundio (improductivo), la mecanización y los créditos, y la apuesta por productos ecológicos. También se promovió el comercio justo entre los pueblos.

A partir de estas ideas sobre territorio se logra ver la conexión ineludible que existe con el ejercicio de la jurisdicción indígena y la importancia para la comprensión de lo que implica el pluralismo jurídico para la defensa de los derechos territoriales.

4. Jurisdicción Indígena Originaria Campesina en Bolivia

Como parte de la producción sobre justicia indígena en Bolivia, una publicación ineludible por los aportes e importancia de sus autores es la que compiló Santos (2012) con Grijalva y Exeni para Ecuador y Bolivia, respectivamente, como parte del proyecto de investigación “Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”. En el capítulo introductorio Santos (2012) da elementos para comprender las transformaciones, transiciones y tensiones que, tanto Bolivia como Ecuador, enfrentan en el tránsito de un modelo de Estado republicano a uno plurinacional. En este cometido, permite comprender las implicaciones jurídicas, pero también políticas del pluralismo jurídico.

En su análisis, Santos (2012) vincula la justicia indígena con el derecho al territorio y los recursos naturales, señalando que los pueblos indígenas resisten para mantener el control sobre sus territorios, recurriendo a sus autoridades y a su justicia. Esta resistencia es declarada enemiga del desarrollo y la justicia indígena se concibe entonces como un obstáculo. Dado que el Estado necesita neutralizar a la justicia indígena, recurre a varias medidas: “definir el territorio indígena como superficie territorial o material de la justicia indígena a fin de convertirla en inofensiva; atribuir a otras instituciones, controladas por el Estado, el control del acceso a la tierra; etc.” (Santos, 2012, p. 31). Para Santos (2012), se trata de un enfrentamiento que tiene dos vertientes: una política-legislativa y otra judicial. La vertiente política-legislativa se expresa mediante la disputa en torno a normas relacionadas al territorio y los recursos naturales: normas como la Ley de Consulta, la aprobación de la Ley de Aguas y la Ley de Minería en Ecuador, así como la Ley del Órgano Judicial, o bien la ausencia de una Ley de Consulta en Bolivia. Además, el autor señala que uno de los rasgos más violentos de este enfrentamiento es la criminalización de la política y la justicia indígena. El análisis de Santos (2012) sirve para problematizar el tema de la justicia indígena en relación con los territorios indígenas y los recursos naturales, proponiendo no sólo entender el problema desde una perspectiva jurídica, legal y judicial, sino también política. A manera de conclusiones de esta compilación, Grijalva y Exeni (2012) presentan como temas de debate en Bolivia y Ecuador, países donde se reconoció el pluralismo jurídico, los siguientes:

1. Una norma es un instrumento insuficiente para garantizar la coordinación entre la justicia indígena y la ordinaria; 2. Una ley no es un mecanismo indispensable para la coordinación; 3. Una norma inadecuada puede convertirse en un mecanismo de nueva colonización jurídica sobre las justicias indígenas; 4. Una ley de coordinación o deslinde jurisdiccional, si es expedida, debe ser genuina expresión del Estado plurinacional (p. 700).

Paralelamente, en los años 2012 y 2013, la Universidad Mayor de San Simón (UMSS), a través de los Institutos de Investigaciones Jurídicas y Políticas y de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, realizó un proyecto conjunto denominado *Interculturalidad en las Prácticas de Justicia originaria campesina: Caso de los tribunales de Sentencia y comunidades de la zona andina del Departamento de Cochabamba*. El resultado fue una serie de publicaciones, de las cuales se rescatan tres.

La primera publicación lleva por título *Pluralismo jurídico e interlegalidad. Estado del arte y Marco teórico*, dirigida por Salvador Oliden. Se recuperan las huellas históricas del pluralismo jurídico. Recorre desde la conquista española hasta el denominado choque jurídico, la colonización y el pluralismo jurídico incipiente y subordinado, pasando por la República y la desaparición del indio en la legislación, la Revolución Nacional de 1952 y el katarismo, para adentrarse en los antecedentes doctrinales del pluralismo jurídico. Resalta la necesidad de repensar y precisar conceptualmente el campo del derecho y del sistema jurídico, a partir de una visión pluralista del Estado.

La segunda publicación, titulada *Contextos jurisdiccionales*, trabaja bajo un enfoque axiológico que rige como espacios plurales que contienen -o donde subyacen- valores y principios éticos que determinan el proceso estructurante del equilibrio que se rompe y se restablece. Esta base ética permite comprender la emergencia, resolución y el proceso mismo de resolución de los conflictos sociales, culturales y jurídicos interlegales (Oliden, Dubravcic y Cabrera, 2013).

En la tercera publicación, *Inter-espacios diatópicos entre jurisdicciones Ordinaria e Indígena Originaria Campesina*, Oliden (2013) señala que el ámbito del pluralismo jurídico se constituye en el ejercicio jurisdiccional de distintos sistemas en el abigarrado espacio boliviano. Según el autor, la realidad que implica el Estado Plurinacional se caracteriza por encontrarse en un permanente proceso de de-construcción holística.

Al respecto, Oliden (2013) señala un pluralismo jurídico compuesto por un espacio de aparición cuya estructura hace posible la configuración del “desencuentro” entre culturas y jurisdicciones, mediado por el poder y la crisis. Esto significa que la jurisdicción ordinaria y la JIOC entran en conflicto jurisdiccional por “la ausencia de mecanismos de coordinación y cooperación efectivos que permitan consolidar el proceso de interculturalidad” (p. 79). Como solución al problema, el autor propone la posibilidad de establecer un diálogo intercultural entre jurisdicciones, a través de la “instauración de *inter-espacios de aparición diatópicos*, que a manera de institutos mediadores permitan consolidar lineamientos para (hacia) una política de diálogo – disputa intercultural en el ámbito de la justicia plural” (Oliden, 2013, p. 79). Esta serie de publicaciones muestran una mirada compleja sobre las relaciones interjurisdiccionales y aportan elementos teóricos de análisis desde el derecho.

El libro *Territorios, justicias y autonomías* (Inturias, Vargas, Rodríguez, García, Von Stosch y Masay, 2019), es el resultado de un evento que reunió a representantes de seis naciones indígenas de Bolivia e instituciones no estatales que trabajan apoyando el desarrollo de las Autonomías Indígenas Originario Campesinas (PNUD y CEJIS), para analizar la situación actual de sus demandas autonómicas y de sus sistemas de justicia. También fue pensado como estrategia intercultural de abordaje de la conflictividad socioambiental, entendiendo que la gestión integral a largo plazo de los territorios indígenas requiere de la consolidación de las formas de gobierno y justicia de los propios pueblos indígenas (Inturias *et al*, 2019).

Dentro de este libro, Vargas (2019) señala que se puede entender la autonomía indígena originaria campesina (AIOC) desde dos dimensiones: como entidad territorial administrativa y como gobierno del territorio ancestral, que denomina el ejercicio de la territorialidad. En el segundo caso, se entiende el territorio como la base fundamental para su reproducción material, social y cultural. El autor denomina “territorialidad” el espacio en el que las naciones y pueblos indígenas originario campesinos (NyPIOC) ejercen la “jurisdicción territorial”. Se trata del espacio donde está “vigente la autoridad comunitaria o territorial para diferenciar de la autoridad

administrativa en el caso de las AIOC” (Vargas, 2019, p. 96). En pocas palabras, es el espacio donde se aplica la justicia indígena originaria campesina. Sus conclusiones están orientadas a la construcción de una institucionalidad plural e intercultural acorde al nuevo modelo de Estado.

Los autores mencionados consideran que los derechos territoriales solo podrán ser ejercidos de forma plena a través de la conversión a AIOC. Sin embargo, los escollos administrativos y normativos por los que los pueblos indígenas tienen que atravesar en el proceso han hecho que inicien acciones legales y movilizaciones para su modificación; por ejemplo, la eliminación del segundo referéndum para la constitución de las autonomías indígenas. Con ello, han mostrado una agencia activa dentro del Estado Plurinacional.

5. Casos emblemáticos de la relación entre jurisdicción indígena originaria campesina y jurisdicción ordinaria

Dentro del tema de la jurisdicción indígena originaria campesina, se retoman algunos casos emblemáticos en los cuales la JIOC ha emitido resoluciones en defensa de su territorio. En este sentido, en su artículo titulado “Etnografía de un litigio interlegal: la defensa jurídica desde la jurisdicción indígena de Bolivia”, Pachaguay y Marcani (2016) exponen uno de los ejemplos más representativos en los que la JIOC, a través del sindicato campesino de Zongo (La Paz), emite una resolución que sanciona a una persona no indígena y que fue ratificada por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP).

Las conclusiones de los autores hablan de la existencia de dos formas de administrar justicia que corresponden a lógicas diferentes: una eurocéntrica e individualista, otra propia de sistemas jurídicos que poseen lógicas contrahegemónicas y colectivas. Para los autores, este caso implicó el arrebato simbólico del poder a la jurisdicción ordinaria del Estado monista. Resaltan la importancia del desarrollo de una antropología que deconstruya el sistema jurídico hegemónico, que describa los espacios interlegales, que denuncie la discriminación jurídica, y que plantee nuevos escenarios de discusión en busca de justicia junto a los pueblos.

Un caso que merece la pena mencionar es el conflicto de tierras entre comunidades de Inquisivi. El estudio de Copa Pabón y Kennemore (2019) se centra en la declinatoria de competencias dispuesto por el Tribunal Constitucional Plurinacional a favor del Tribunal Mixto de Inquisivi. En este caso, la división competencial del derecho ordinario está en tensión con el contexto normativo material de la jurisdicción indígena en la resolución de conflicto de límites de terrenos entre dos comunidades -Titi Amaya del Ayllu Cagua y Sopocari del Sindicato Agrario-, el cual había derivado en un proceso penal por avasallamiento.

Según las autoras, la herramienta principal fue el conflicto de competencias, mecanismo jurídico por el cual las autoridades de la JIOC y los jueces de la justicia ordinaria se disputan la competencia de este caso (Copa Pabón y Kennemore, 2019). Las autoras identifican tensiones en el proceso. La primera es la presencia

de los expedientes o cuerpos del proceso penal en la mesa del Tribunal Mixto frente a los documentos históricos, tales como títulos coloniales, revisitas, actas de asambleas, entre otras, que presentaron las partes en conflicto. También se refieren a una tensión dentro de la categoría “indígena originario campesino”, la cual se expresa en la insistencia de los sujetos de obligar al Tribunal Mixto a excavar las capas históricas para encontrar puntos de articulación y discordancia antes de determinar la responsabilidad o la culpa como medio de resolución (Copa Pabón y Kennemore, 2019).

A partir de estos casos se puede ver la importancia del análisis antropológico para el abordaje de la relación entre sistemas jurídicos, puesto que su inmersión y descripción en detalle de los procesos deja ver los elementos materiales, normativos y simbólicos de las disputas territoriales entre diversos actores, incluido el Estado.

6. Justicia Constitucional y Pueblos indígenas

Desde el derecho se están realizando teorizaciones importantes respecto al reconocimiento constitucional de los derechos colectivos indígenas. Una de las constituciones más relevantes en el desarrollo de un nuevo constitucionalismo es la boliviana. A partir de la reforma del año 2009, reconoce una amplia gama de derechos a los pueblos indígenas. Asimismo, de acuerdo con los casos emblemáticos revisados se puede afirmar que, a través de mecanismos constitucionales, los pueblos indígenas están defendiendo sus derechos colectivos.

Rojas y Carrasco (2018) consideran que existen tres características básicas del constitucionalismo latinoamericano: la reforma constitucional, el sistema presidencialista y los derechos de los pueblos indígenas. Estos derechos son la marca de una larga caminata y lucha en busca del reconocimiento de una otredad existente en los Estados latinoamericanos que se desarrollan en torno a la libre determinación. El derecho a la libre determinación “es la apertura a la existencia de formas de administrar y de concebir tanto al Estado, como el pluralismo” (p. 88). Para los autores, algunos de sus elementos son: el autogobierno, la participación política, el territorio comunitario y el derecho a la consulta previa.

Respecto al avance en el tema constitucional, Attard (2014) realiza una sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional respecto a los derechos indígenas. Abarca la jurisprudencia de las gestiones de 2010 a junio de 2014. Desarrolla además los votos disidentes que plasman aspectos esenciales que aportan a la generación de un debate necesario en cuanto a la vigencia y validez de los derechos de los pueblos indígenas.

Posteriormente, Attard (2020) presenta un diálogo entre Mama Ocllo y la Diosa Themis destinado a reflexionar sobre los avances y retrocesos de la acción popular en los diez años de vigencia de la Constitución boliviana. En esta contribución alerta sobre las graves regresividades jurisprudenciales realizadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional al no reconocer la jurisdicción de los pueblos indígenas y los derechos colectivos indígenas. Attard (2020) reflexiona desde la perspectiva

crítica del *giro decolonial*. Postula que la acción popular es una herramienta de directa justiciabilidad, destinada a proteger derechos transindividuales y también colectivos. La autora presenta un análisis jurisprudencial importante sobre las lógicas jurídicas que entran en juego y disputa en las acciones populares interpuestas para la defensa de derechos colectivos por parte de los pueblos indígenas. Sobre el derecho territorial, resalta que la propiedad colectiva como derecho colectivo ha tenido importantes estándares jurisprudenciales en el TCP, el cual consagra el carácter indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable e irreversible de las tierras comunitarias o colectivas, con lo cual el derecho a la territorialidad supera la visión agrarista de tierra, para dar curso a una visión integral de territorio, que insiste además en la interdependencia con el uso y aprovechamiento de los recursos naturales (Attard, 2020).

La autora muestra un panorama constitucional oscilante, donde existen importantes avances en cuanto a la tutela de los derechos colectivos de las NyPIOC, pero queda pendiente la aplicación de líneas progresivas en el marco de la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, por la “tendencia a la denegatoria de tutela por formalismos y ritualismo extremos que evitan seguir avanzando en aras de una construcción plural de derechos” (Attard, 2020, p.49).

Por su parte, Revollo (2020) toma los casos del TIPNIS y Tariquía para analizar el derecho a la consulta. Concluye que la consulta previa es un derecho que no ha avanzado en Bolivia porque el Estado elude su cumplimiento en proyectos de impacto ambiental, donde el TCP, en el caso del TIPNIS, “tuvo una cuestionable actitud, adoptando una posición más lírica que operativa para evitar eficazmente una vulneración irreversible a los derechos colectivos” (Revollo, 2020, p.130). Para el autor es imperante la existencia de subreglas a ser desarrolladas jurisprudencialmente, puesto que existiría una zona de penumbra sobre cómo dirigir y ejecutar la consulta previa, situación que es aprovechada por el Estado y afecta a las NyPIOC. Concluye que la consulta previa es un elemento fundamental para materializar el pluralismo jurídico.

Un elemento interesante para entender la justicia constitucional es el órgano que la imparte: el Tribunal Constitucional Plurinacional. En un artículo sobre el derecho de acceso a la justicia y el pluralismo jurídico, Kennemore et al. (2017) toman las interpretaciones del TCP sobre el derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia y señalan que el TCP utiliza como criterio de interpretación para el pluralismo jurídico el Plan Estratégico del CONAMAQ (Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu) y el trabajo de la Secretaría Técnica y Descolonización para aplicar el concepto a casos concretos. En el caso de la comunidad de Poroma, el equipo elaboró un test basado en el paradigma del vivir bien para aplicar la interlegalidad y evaluar la proporcionalidad en coordinación con derechos de grupos vulnerables (Kennemore et al., 2017). Como conclusiones más importantes señalan que las diversas interpretaciones que ha realizado el TCP con el aporte de la Secretaría Técnica y Descolonización en la resolución de conflicto de competencias son la incorporación y aplicación de las diversas cosmovisiones y prácticas de la NyPIOC en el Estado Plurinacional.

Por otro lado, en el análisis realizado sobre las políticas públicas respecto a la justicia, los autores resaltan que se trata más bien de medidas cuantitativas y burocráticas que de medidas cualitativas. Esto significa que están orientadas a incrementar el número de instituciones, jueces, ministerios y medios de formación para la carrera judicial, sin tomar en cuenta la participación de la JIOC, el entramado plurinacional y el aporte de la JIOC al sistema judicial en su conjunto (Kennemore et al., 2017).

En un reciente artículo, Pachaguay (2020) se acerca a la relación entre la JIOC y la justicia constitucional a partir de demandas presentadas por los pueblos indígenas ante el TCP con dos objetivos principales: hacer respetar sus decisiones y demostrar que como jurisdicción indígena sus decisiones son acordes a la CPE; y disputar casos que consideran de su jurisdicción a través del conflicto de competencias.

Según datos del autor, hasta el 2017 se sumaron 500 demandas entre consultas de autoridades al TCP y conflictos de competencias. Esto significa que el 2,5% del total de las JIOC están empezando a ejercer el pluralismo jurídico boliviano. Se disiente respecto a que los pueblos indígenas apenas comienzan a “ejercer” el pluralismo jurídico. Al contrario, se parte del supuesto de que el pluralismo jurídico ha existido como práctica desde que los sistemas jurídicos indígenas se encuentran con otros sistemas diferentes. Lo importante de su postura es que las demandas presentadas por los pueblos indígenas interpelan el derecho a juzgar que detenta el Estado, disputan su hegemonía jurídica, y proponen un paradigma de renovación jurídica para todos los ciudadanos (Pachaguay, 2020).

Los textos revisados en este acápite sobre justicia constitucional, muestran que, si bien es importante el relacionamiento entre la JIOC y la jurisdicción ordinaria, también es importante la relación de esta con la justicia constitucional, un tema que aún no se ha explorado suficiente. Los autores citados estudian algunos casos en los que se activan los mecanismos constitucionales para los pueblos indígenas, como el conflicto de competencias y la consulta a autoridades sobre un caso concreto. Sin embargo, aún no existen estudios de caso sobre las acciones populares, que según Attard y otros serían el mecanismo idóneo para que los pueblos indígenas defiendan sus derechos, especialmente los territoriales.

CONCLUSIONES

Los estudios realizados en Bolivia centran el nudo del pluralismo jurídico en las relaciones –problemáticas– entre la JIOC y la jurisdicción ordinaria, dejando de lado el análisis de la conexión entre aquella, la jurisdicción agroambiental y la institucionalidad estatal referente al tema. En este sentido existe un vacío muy grande entre el rol de la jurisdicción agroambiental frente a la jurisdicción indígena originaria campesina, vacío donde se ponen en juego los derechos sobre el territorio y los recursos naturales y el afán del Estado de mantener su tuición y titularidad frente a ellos.

La jurisdicción agroambiental mantiene la lógica de la jurisdicción ordinaria, pero afecta el fondo entre jurisdicciones al tener la intención de separar las materias ordinarias de la agroambiental y limitar la actuación de los pueblos indígenas sobre temas agroambientales, que sin duda alguna afectan al territorio y los derechos fundamentales relacionados a este.

Los casos revisados remarcan la necesidad de seguir profundizando las reflexiones sobre pluralismo jurídico y los procesos de interlegalidad, puesto que no se dan de la misma manera en todas las localidades. En algunas comunidades o pueblos se ve un empoderamiento por parte de sus autoridades, mientras en otras aún no existe o es muy débil.

También es importante ampliar la mirada hacia procesos más complejos. De acuerdo con los casos, el pluralismo jurídico y la interlegalidad parecen funcionar bien en disputas locales. Sin embargo, habría que pensar en los desafíos que conlleva el que los pueblos recurran a otra jurisdicción, especialmente en el ámbito penal, a través del cual se criminaliza a las autoridades indígenas. También es necesario ahondar en los casos en los que intervienen instituciones estatales que no respetan ni reconocen el carácter de los miembros, sean estos indígenas, originarios o campesinos, de acuerdo con su autoidentificación y libre determinación.

Por otro lado, se abre una veta interesante desde el análisis jurisprudencial del TCP y la relación entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la justicia constitucional, que aún se encontraría en proceso. Dado que resulta insuficiente la explicación desde lo meramente normativo, se podría enriquecer el análisis combinando la mirada jurídica con la antropológica respecto a las actuaciones, argumentaciones y decisiones de los tribunales en los casos sobre defensa de los derechos indígenas y la práctica igualitaria de las jurisdicciones reconocidas, además del rol del Tribunal Constitucional como garante de derechos constitucionales.

Este artículo puede servir de base para futuros estudios e investigaciones en Bolivia y países con un contexto similar, tanto cultural como normativo, a fin de analizar los avances y retrocesos legales y jurisprudenciales y proyectar posibles soluciones a futuro para establecer mecanismos reales de respeto a la jurisdicción indígena.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alba Salazar, O. y Castro, S. (2007). *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*. Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de Bolivia.
- Attard, M. (2014). *Sistematización de Jurisprudencia y esquemas jurisprudenciales de Pueblos indígenas en el marco del Sistema Plural de Control Constitucionalidad*. Konrad Adenauer & Fundación Construir.
- Attard, M. (2020). Un café, escenario propicio para unas breves reflexiones dialógicas entre Mama Ocllo y la Diosa Themis sobre la acción popular a los diez años de vigencia de la Constitución Boliviana. En A. Vargas (Ed.), *Diez años de la Constitución Boliviana* (pp. 31-57). Kipus.

- Compañeros de las Américas (2009) Pluralismo jurídico y diálogo intercultural en Bolivia. *Pensando la Transición Constitucional*. Vol. 1
- Guachalla, J. (2009) *Propuestas para la Ley de Deslinde Jurisdiccional*. Serie Pensando la Transición Constitucional. Vol. 2. Compañeros de las Américas & Fundación Rama.
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia [CPE]. 7 de febrero de 2009 (Bolivia)
- Copa Pabón, M. y Kennemore, A. (2019). Construcción de la justicia desde la justicia indígena: Experiencias interlegales de Inquisivi-Bolivia. *Desarrollo rural. Exploraciones*, 48, 5-18.
- Fernández, M. (2007). Modos originarios de resolución de conflictos en torno al tema tierra en la zona andina. En V. Nicolas, M. Fernández, y E. Flores (Eds.), *Modos Originarios de Resolución de Conflictos en Pueblos Indígenas de Bolivia*. (pp. 25-99). PIEB & UNIR.
- Flores, E. (2007). Modos de resolución de conflictos por el uso y acceso a los recursos naturales en la TCO Guarayos. En V. Nicolas, M. Fernández y E. Flores (Eds.), *Modos Originarios de Resolución de Conflictos en Pueblos Indígenas de Bolivia* (pp. 149-258). PIEB & UNIR.
- Guachalla, J. (2009). Prólogo. En *Propuestas para la Ley de Deslinde Jurisdiccional*. (pp.11-17). Compañeros de las Américas y Fundación Rama.
- Grijalva, A. y Exeni, J. (2012). Coordinación entre justicias, ese desafío. En B. de Sousa Santos y J. L. Exeni (Eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (pp. 699-732). Abya Yala & Fundación Rosa Luxemburgo.
- Inturias, M., Vargas, G., Rodríguez, I., García, A., Von Stosch, K. y Masay, E. (2019). *Territorios, justicias y autonomías: un diálogo desde los gobiernos autónomos indígenas de Bolivia*. Instituto de Investigación Científica Social (IICS) de la Universidad NUR.
- Kennemore, A. Celestino, P., Berenice, C., Correa, M., Marcani, J. y Telésforo, J. (2017). El derecho de acceso a la justicia a partir de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009: El pluralismo jurídico como nuevo escenario. En *Derecho de acceso a la justicia: Aportes para la construcción de un acervo latinoamericano* (403-448). Santiago de Chile: CEJA.
- Ley N° 073 de 2010. Ley de Deslinde Jurisdiccional. 29 de diciembre de 2010. Publicado en edición 209NEC.
- Molina, R y Arteaga, A. (2008). *¿Dos racionalidades y una lógica jurídica? La justicia comunitaria en el altiplano boliviano*. Compañeros de las Américas & Fundación Diálogo.
- Molina, R. (1999). *Derecho Consuetudinario. Una propuesta de Ley de Reconocimiento de la Justicia Comunitaria. Justicia Comunitaria (Obra completa)*, Vol. 9, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Bolivia.
- Molina, R. (2009). La articulación de dos sistemas jurídicos: Propuesta para una Ley de Deslinde Jurisdiccional. En *Propuestas para la Ley de Deslinde Jurisdiccional* (pp. 91-116). Compañeros de las Américas.
- Nicolas, V., Fernández, M., y Flores, E. (2007). *Modos Originarios de Resolución de Conflictos en Pueblos Indígenas de Bolivia*. PIEB & UNIR.

- Oliden, W. (2012). *Pluralismo jurídico e interlegalidad. Estado del arte y Marco teórico*. Universidad Mayor de San Simón.
- Oliden, W. (2013). *Inter-espacios diatópicos entre jurisdicciones Ordinaria e Indígena Originaria Campesina*. Universidad Mayor de San Simón.
- Oliden, W., Dubravcic, I. y Cabrera, B. (2013). *Con-textos jurisdiccionales*. Universidad Mayor de San Simón.
- Orellana, R. (2004). *Interlegalidad y Campos Jurídicos: Discurso y derecho en la configuración de órdenes semiautónomos en comunidades quechuas de Bolivia*. Universidad de Ámsterdam.
- Ossio, L y Ramírez, S. (1998). *Análisis jurídico. Justicia Comunitaria (Obra completa), Vol. 8*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Bolivia.
- Pachaguayaya, P. y Marcani, J.C. (2016). Etnografía de un litigio interlegal: la defensa jurídica desde la jurisdicción indígena en Bolivia. *Tinkazos*, 19(39). http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-74512016000100009
- Pachaguayaya, P. (2020). La crisis de la justicia y la justicia indígena en Bolivia. En *Historias indígenas. Memoria, interculturalidade e cidadania na América Latina* (pp. 349-368). Sao Paulo:
- Revollo, N. (2020). Apuntes de la evolución del pluralismo jurídico en Bolivia. Propuesta de reglas para su vigencia material mediante la Consulta Previa. En A. Vargas (Ed.), *Diez años de la Constitución Boliviana* (pp. 111-132). Kipus.
- Rodríguez, I. y Inturias, M. (2019). Introducción. En *Territorios, justicias y autonomías. Un diálogo desde los gobiernos autónomos indígenas de Bolivia*. (pp. 11-22). Instituto de Investigación Científica Social de la Universidad NUR.
- Rojas, F. (2011). Del monismo al pluralismo jurídico: Interculturalidad en el Estado Constitucional. En E. Córdor (Ed), *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina* (pp. 21-34). Fundación Konrad Adenauer.
- Rojas, F. y Carrasco, S. (2018). *Constitucionalismo Latinoamericano. Reforma constitucional, sistema presidencialista y derechos de los pueblos indígenas*. Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia.
- Santos, B. (2012). Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. En B. Santos (Ed.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (pp.11-48). Abya Yala & Fundación Rosa Luxemburgo.
- Santos, B., y Exeni, J. (2012). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Abya Yala & Fundación Rosa Luxemburgo.
- Schavelzon, S. (2012). *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia: etnografía de una Asamblea Constituyente*. IWGIA, CEJIS, Plural Editores y CLACSO.
- Vargas, G. (2019). Territorio, autonomías y justicia en las naciones y pueblos indígena originario campesinos. En M. Inturias, M., Vargas, G., Rodríguez, I., García, A., Von Stosch, K. y E. Masay (Eds.), *Territorios*,

justicias y autonomías: un diálogo desde los gobiernos autónomos indígenas de Bolivia (pp. 79- 102).
Instituto de Investigación Científica Social de la Universidad NUR.

Vargas, A. (2020). *Diez años de la Constitución Boliviana*. Kipus.

LOS AZOTES Y LOS CEPOS COMO MEDIDAS PUNITIVAS EN BOLIVIA: ¿DERECHO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y CAMPESINAS?

Rodrigo René Cruz Apaza
Investigador independiente
rodriggcruz@gmail.com

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

Fecha de recepción: 26 de julio de 2022

Fecha de aceptación: 14 de agosto de 2022

Fecha de publicación: 15 de diciembre de 2022

Resumen

El presente ensayo, orientado por el desarrollo teórico del Derecho constitucional y Derecho internacional de los derechos humanos, tiene por objetivo determinar si los azotes y los cepos guardan consonancia con los principios y derechos de la Constitución boliviana de 2009. Para tal efecto, se realizó un contraste entre la forma de ejecución de estas medidas punitivas con normativa, doctrina y jurisprudencia constitucional atinente a derechos humanos. El paradigma orientador fue el tridimensionalismo jurídico concreto y el diseño empleado para recopilar información fue la bibliográfico-doctrinal; con base a las herramientas señaladas se precisó que las penas aludidas no son compatibles con el contenido dogmático de la norma suprema, por las implicancias que tienen en la corporeidad de las personas, debiendo en consecuencia ser depuradas del sistema punitivo de las comunidades indígenas y campesinas del país.

Palabras clave: Constitucionalidad, azotes, cepos, prácticas

LASHING AND STOCKS AS PUNITIVE MEASURES IN BOLIVIA: THE RIGHT OF INDIGENOUS AND RURAL COMMUNITIES?

Abstract

This essay, guided by the theoretical development of human rights in Constitutional Law and International Law, aims to determine whether lashes and stocks are consistent with the principles and rights of the Bolivian Constitution

of 2009. To this end, a contrast was made between the way in which these punitive measures are carried out and the constitutional norms, doctrine and jurisprudence relating to human rights. The guiding paradigm was concrete legal three-dimensionality; the design used to collect information was the bibliographic-doctrinal one. Based on the aforementioned tools, it was found that the mentioned penalties are not compatible with the dogmatic content of the supreme law, due to the implications they have on the corporeality of individuals; consequently, they must be purged from the punitive system of the country's indigenous and rural communities.

Key words: Constitutionality, whipping, stocks, customs

INTRODUCCIÓN

El avance del derecho constitucional e internacional de los derechos humanos ha planteado la reconsideración y posterior desecho de ciertas penas. No obstante, en Bolivia algunas prácticas punitivas corpóreas siguen en vigencia a causa de la fuerza de los hechos: los azotes y los cepos. Debido a su arraigo en los pueblos indígenas y comunidades campesinas, estos castigos aún perviven en algunos sectores de la sociedad boliviana, por lo que no es de extrañar que en pleno siglo XXI se escuche –aunque de forma inusual– noticias sobre la aplicación de estas.

Por esta razón se juzga necesario cavilar sobre los azotes y cepos a la luz de la teoría de los derechos fundamentales, con el propósito de determinar su compatibilidad con los derechos y principios de la constitución boliviana. Por esto, será imprescindible transitar por los siguientes ejes temáticos: se efectuará una panorámica histórica de los azotes y los cepos, se definirá el fundamento para su conservación, se enlistarán los derechos y principios constitucionales en tensión por su aplicación, se expondrá la respuesta que el tribunal constitucional y el legislador boliviano ofrecen a la problemática, y se abordará de forma comparativa el tratamiento que sobre ellas tiene la jurisprudencia foránea.

La investigación presentada es predominantemente teórica, ya que busca un análisis crítico de los azotes y los cepos a partir de teorías y jurisprudencia constitucional nacional y foránea escogida en función de la metodología bibliográfico-doctrinal (se consultaron una serie de tratados, libros, artículos y sentencias relevantes). El paradigma que orienta el buceo bibliográfico es la doctrina del tridimensionalismo jurídico concreto, en cuanto se consideran los azotes y los cepos (factor existencial), la normativa y resoluciones judiciales domésticas y extranjeras (elemento normativo), así como los principios y valores (sector axiológico) pertinentes del sistema constitucional boliviano, en una correlación dialéctica inescindible, haciendo hincapié –por el objeto de estudio– en la dimensión normativa.

1. Los azotes y el cepo como medidas de castigo

En el habla coloquial bolivariana es posible identificar diversos términos para aludir a aquella práctica consistente en propinar una serie de azotes con látigo, u objetos análogos, a un individuo por conductas antisociales: ora “chicotazos”, ora “huasqueadas”, ora “latigazos”. A criterio de Justel (2021, p. 170) “huasqueadas” es quechuismo, aunque también se valen de él los pueblos guaraníes (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p.38). Se prefiere el término ‘azotes’ o ‘flagelación’, razón por la cual serán los que más se empleen durante el desarrollo del trabajo.

Este correctivo tiene una larga data. Algunos –como las autoridades de la Unidad de Descolonización del Tribunal Constitucional Plurinacional que elaboraron el Informe Técnico de Campo TCP/STyD/UD/ 009/2017¹– sostienen que era inexistente en las comunidades indígenas originarias de Bolivia y que fue implementada por la lógica penal de la corona española. Sin embargo, refieren que, una vez liberadas las comunidades del yugo de la corona, los azotes no fueron abolidos y siguieron siendo utilizados por los hacendados o los jefes de las propias comunidades campesinas e indígenas. En otros términos, el látigo solo cambió de titular.

Con la revolución nacional de 1952, la implementación del constitucionalismo social en 1938, y el reconocimiento de la República Boliviana como multiétnica y pluricultural en 1994 y plurinacional en 2009, el poderío de los señores de la tierra fue enervado hasta finiquitar con su dominio. Por las razones apuntadas el látigo en la actualidad pervive como medida punitiva en algunas comunidades indígenas y campesinas. Por eso, como se refirió en el diario Correo del Sur: “El chicote, como instrumento de castigo, ha pasado a formar parte de la justicia comunitaria y, por tanto, muchas veces se emite sentencias a recibir chicotazos” (Correo del Sur, 30 de junio de 2019). Siendo este el panorama, la pena de la flagelación aun es aplicada en algunos sectores sociales de Bolivia, pero su uso suele generar controversia debido a que en ocasiones se ejecuta contra personas que no pertenecían al grupo social o por sus excesos. A modo de ejemplo, el 22 de junio de 2013 un grupo proveniente del Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS) azotó a Gumerindo Pradel, cacique del Consejo Indígena del Sur (CONISUR) alegando que fue una decisión dictada por la jurisdicción indígena de la comunidad de San Pablo (Comunidad de Derechos Humanos, 2013). Sin mengua de lo afirmado, esta forma de castigo no es monopolio de las comunidades indígenas y campesinas, porque a causa de la interacción social también suele ser esgrimida por algunas juntas de vecinos cuando se captura a ladrones. Incluso es posible avistarla en la arena política. Recuérdese a propósito el episodio de los ponchos rojos de la provincia de Omasuyos, que amenazaron al diputado opositor Rafael Quispe con azotarlo- (El Deber, 6 de diciembre de 2018).

1 El informe será citado nuevamente en líneas posteriores.

Como último ejemplo, recuérdese lo acaecido el 24 de septiembre de 2021 en Santa Cruz, cuando, como resultado de una escaramuza por la wiphala², chiquitanos³ propinaron flagelaciones a un integrante del CONAMAQ (Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu). El hecho destaca que el uso de los “chicotazos” no es privativo de los pueblos de tierras altas, sino también de aquellos de tierras bajas (El Deber, 24 de septiembre de 2021).

Retornando al ámbito de la jurisdicción indígena originaria campesina, el procedimiento a seguir para condenar a una persona a los azotes puede variar por la diversidad cultural existente en el país. En algunas comunidades la decisión debe ser dispuesta por consenso de la Asamblea de la Comunidad (Ayllu o Marka). En caso de ser miembros de esta, los primeros en azotar al infractor son los padres, y posteriormente los tata pasarus⁴ y autoridades originarias, aunque en ocasiones los progenitores también reciben parte de la pena.

Por lo tanto, como señala Villca Apaza (2008) la flagelación “es la sanción más drástica, que se aplica en la actualidad en la integridad física del delincuente” (p. 35). Quizás las noticias sobre su uso han mermado debido a la poca cobertura mediática que tienen las comunidades lejanas a la ciudad, pero permanece vigente en el derecho y práctica de los pueblos indígenas y comunidades campesinas.

Respecto a los cepos, al igual que los azotes, son una pena aplicada por sectores campesinos e indígenas contra aquellos que contravienen sus normas de convivencia social. Sin embargo, a diferencia de la primera categoría descrita, esta forma de castigo emplea un aparato de madera con 2 o 3 orificios en el cual se deposita al infractor para que permanezca en él durante varias horas a la luz del sol, con el propósito de exhibirlo y que la madera se encoja y lo aprisione. Según relato de algunos comunarios, incluso solía acelerarse el proceso vertiendo agua (p. ej., en Tumupasa). Sin perjuicio de la veracidad de lo referido, no se ha tenido noticias de que los últimos detalles sigan vigentes.

Esta medida punitiva tiene larga data en Bolivia. Un estudio realizado el 2007 aseveró que los colonos españoles lo emplearon en algunos pueblos indígenas como el “Tacana” durante el siglo XIX (CIPTA, 2007, p. 7). Siguiendo el orden de ideas trazado, Díaz Arnau (2019) realizó un breve abordaje de este castigo en el pueblo guaraní. En él refiere que Cecilio Tardío Chávez, profesor y miembro de la comunidad, comenta que el cepo ha sobrevivido en los guaraníes a causa de los robos. En cuanto al procedimiento a seguir precisa que para estos “casos no se forma un tribunal especial. El pueblo guaraní en pleno se reúne a la cabeza de su capitán, que se acompaña de la mesa directiva de la comunidad: el segundo capitán, una tesorera y dos vocales” (Díaz, 2019). También se reporta casos en el norte de La Paz, en “San Buenaventura”, donde un hombre acusado de robo fue sometido al cepo

2 Wiphala es un símbolo constitucional (art. 6.II) de Bolivia que representa la nación andina (particularmente aymara), tiene forma cuadrangular y provista de 7 colores. En hogaño.

3 Los chiquitanos son un pueblo indígena del oriente boliviano (departamento de Santa Cruz), la denominación vigente sustituyó a “chiquito”, término empleado por los españoles durante la colonia.

4 Los tata pasarus es la expresión empleada para significar a las ex autoridades de la tercera edad

(El Diario, 8 de enero de 2015); pero este castigo no solo es aplicable a infractores comunes, sino también a autoridades públicas. Se conoce el caso del alcalde Javier Delgado en 2015, 2016 y 2018, y el de los ediles por la carencia de medicamentos en sus centros de salud en 2020, castigo promovido por la localidad de Tumupasa.

Debido a que fue un castigo empleado por los colonos se sostiene que no es un invento endógeno de Bolivia, pero, con el transcurrir del tiempo, se fue incorporando a la costumbre de comunidades indígenas y campesinas de regiones altas o bajas. No obstante, por la dinámica a seguir en el procedimiento, autores como Díaz Arnau (2019) evitan redundar en galimatías y lo han tildado de método severo o tortura física.

Cabe resaltar aquí que la revisión realizada muestra que los azotes y los cepos, a partir de la influencia de la corona española, se emplean como medidas sancionadoras aplicadas en algunas comunidades indígenas en Bolivia y en casos aislados en la jurisdicción ordinaria, cuando se sorprende *in fraganti* a un antisocial.

2. Fundamento para su conservación

Ante las críticas formuladas sobre el carácter anacrónico y draconiano, los miembros de estas comunidades, como algunas personas ciudadanas, reivindican los azotes y los cepos con dos argumentos: a) de efectividad, porque sirven para prevenir y sancionar ejemplarmente la delincuencia, y b) de moralidad, porque coadyuvan a corregir al delincuente evitando su reiteración. A esto se asuma la alerta a los padres por haber fallado en la correcta formación de su hijo, todo con la finalidad de reincorporar al infractor al colectivo. Con el primer argumento se cumplirían dos finalidades de la pena: la preventiva, que exhorta a la población el castigo a sufrir en caso de incumplir las normas penales, y la correctiva, orientada a sancionar al delincuente, apuntando a su enmienda, readaptación y reinserción social. A partir del segundo, se le suministra soporte axiológico como medidas que tienden a favorecer los principios de *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa*, ñandereko y *qhapaj ñan*.

Efectuada esta visión de conjunto y vertidas las motivaciones, corresponde cuestionarse si los discursos de efectividad y moralidad son suficientes para su aquiescencia constitucional.

3. Derechos fundamentales en tensión

3.1 Dignidad humana

Sobre la dignidad humana existe profusa doctrina jurídica, desde concepciones amplias o restringidas, hasta absolutas o relativas. Empero, la que recurrentemente se cita es la *objektformel* pergeñada por Kant (2002), que consiste en que el hombre es: “un fin en sí mismo” (p. 137). Enfocada la cuestión desde este prisma, el ser humano no puede ser reificado en provecho de otros intereses en cuanto dicho proceder merma la entidad de su estatus jurídico, trasladándolo del reino de los

fines al de los medios. La postura es loable, razón por la que ha sido receptada por un ingente número de juristas y tribunales de justicia, como en el caso boliviano (SCP N° 0749/2021-S2, 8 de noviembre). No obstante, se considera acertada la “crítica de no subordinación e insuficiencia” que la Corte Suprema de Israel y Barak (2020, pp. 340, 381, 388 y 412) expusieron en contra.

La dignidad humana es un presupuesto fundamental que no puede ser reducido a la concepción de un solo hombre (Kant), por lo que deben auscultarse mayores horizontes filosóficos. Además, la esencia de lo humano no se agota en no ser cosificado; la opulencia de su contenido rebasa marcos tan estrechos. Consciente de esta situación, Stith (2010), aludiendo al *corpus iuris* de Justiniano, asevera que los hombres son “puntos de partida” –principios– que no pueden ser reducidos a medios, ni siquiera a fines (pp. 182, 208). Con base en los argumentos del máximo tribunal de justicia de Israel, de Barak y Stith, se puede manifestar que la persona debe ser posicionada en el mundo jurídico como *venero de principios y valores*, y que las ideas del segundo autor permiten superar la fórmula del objeto y transitar hacia una “*fórmula del principio o del punto de partida*” que comprenda mejor la noción de humanidad (Cruz, 2021, p. 180).

Expuestas las dos concepciones (la fórmula del objeto y la fórmula del principio), corresponde analizar si las flagelaciones y los cepos se atienen a sus exigencias. Respecto al primero la respuesta es negativa. Cuando se emplean los azotes y los cepos como castigos para prevenir y sancionar efectivamente los delitos se instrumentaliza a los delincuentes en favor del sistema punitivo. En cuanto a la posibilidad de enmienda moral, esta también es una razón endeble, por cuanto no es garantía de que los castigados no reiteren sus actos. Observados desde la segunda perspectiva tampoco resultan coherentes. Al someter a una persona a azotes o al cepo de forma pública se denigra su condición prevalente de fuente de valores y principios, lo que podría redundar en la conversión de persona a paria. En consecuencia, la corrección moral y futura reinserción no será viable a causa del envilecimiento social.

Por tanto, la dignidad humana, reconocida como valor (art. 8. II), como fin (art. 9.2) y como derecho (21.2 y 22) en la constitución boliviana no presenta consonancia con las prácticas punitivas de los azotes y los cepos. Los argumentos de efectividad y moralidad son insuficientes para que la norma suprema permita su aplicación en el Estado, porque podría generar –particularmente en casos de excesos– sentimientos de venganza.

3.2. Integridad personal

Este derecho subjetivo, íntimamente ligado al anterior, suele ser desgranado por la doctrina en tres elementos: integridad física, integridad psicológica e integridad sexual. En razón de ello, se vislumbra que tiene por objeto mantener incólume la corporeidad y psique de las personas. En esta labor tutelar el Estado es acreedor tanto de prohibiciones como de obligaciones. Está vedado de interferir a través de sus órganos en las personas y debe asumir políticas públicas de seguridad

ciudadana para impedir que otros agentes (particulares y entidades) lo menoscaben. Por tanto, al ser la integridad personal un derecho con doble faceta, negativa y positiva, se constata que los derechos de la “dimensión civil y política” (Sarlet, 2019, p. 59) también generan “deberes de acción estatales” y por ende implican erogaciones para las arcas del Estado.

Descrita la índole y precisado el contenido esencial de este derecho, corresponde elucidar si los flagelos y los cepos guardan congruencia con él. *In limine*, los azotes se exhiben como sanciones punitivas reprobadas por el derecho a la integridad personal por la incidencia que tienen sobre la persona, la cual se determina en función del número de latigazos a proporcionar, del objeto a utilizar, y del verdugo. Sea la cantidad, el instrumento, o el ejecutor que fuere, lo cierto es que el cuerpo (la espalda comúnmente) del infractor sufre detrimento. En lo atinente a los cepos, en el momento en que la madera empieza a estrujar al delincuente este padece dolor respecto a las partes involucradas (tobillos, manos o cuello).

Sin embargo, la parcela física no es la única afectada en este tipo de sanciones, sino asimismo la psicológica. La noticia de ser acreedor del castigo con base en los azotes o el cepo, y su sustantivación, son factores que podrían generar traumas posteriores al episodio experimentado. Este aspecto se exacerba además si se reflexiona sobre la publicidad de su aplicación. La integridad corporal y mental de los infractores está o puede estar comprometida cuando se procede a ejecutar la pena de los flagelos y los cepos, razón por la que resulta desacertado suponer que la integridad personal no sufrirá menoscabo alguno después haber recibido entre 5 a 12 lapsos, o de estar aprisionado a pleno sol sin agua durante más de 3 o 6 horas. Como corolario, estas sanciones no ameritan ser tenidas como prácticas punitivas acordes con el artículo 15. I de la constitución boliviana.

3.3. Honor y honra

En ocasiones suele incurrirse en el traspié conceptual de analizar conjuntamente el derecho al honor y el derecho a la honra, pero, en aras de no cometer tal yerro, se procede a decantar la noción de cada categoría.

Cierta doctrina del derecho constitucional sostiene que el derecho al honor tiene connotaciones intrapersonales o subjetivas, razón por lo que la expresión “autoestima” es la adecuada para comprender sus alcances. Entiéndase entonces por tal el derecho subjetivo adscrito a toda persona de estimar en alto sus cualidades particulares (percepción de uno mismo). El derecho a la honra en contrapartida presenta notas extrapersonales u objetivas. En consecuencia, el término preciso para conceptuarlo es el de “reputación”, que, concebido de esta forma, se perfila como un derecho subjetivo reconocido a las personas para que la sociedad los valore en conformidad a sus obras (percepción social que se tiene de uno). El Tribunal Constitucional Plurinacional –en adelante TCP– se arrimó a esta tendencia desde sus primeros años de funcionamiento (SC N° 0686/2004-R, 6 de mayo).

No obstante, y sin la pretensión de generar argumentos antípodas, estas dos nociones suelen recibir un tratamiento inverso. Por ejemplo, Echeverría Muñoz (2020) refiere que, etimológicamente, el término honor procede del griego *ainos* (alabanza, halago), de fuerte implicación social, y del latín *honory honoris* (rectitud, fama, respeto); por su parte, el vocablo honra tiene sus orígenes en la palabra *honorare* (muestra de afecto en razón de méritos). Con base al recorrido efectuado se concluye que el honor es “una cualidad general (...) mientras que la honra tiene un carácter subjetivo” (Echeverría, 2020, p. 211). A pesar de la semejanza descrita, el autor citado afirma que “a nivel jurídico” son sinónimos, aunque con proyección disímil (Echeverría, 2020, p. 227). Continuando con el discurso, la segunda concepción es la más precisa debido a que recurre a la etimología de cada vocablo para determinar el significado correspondiente. Por tanto, es esta la que se empleará para el desarrollo posterior.

¿Por qué el derecho al honor y la honra pueden ser conculcados mediante los flagelos o los cepos? Por la falibilidad al momento de disponer su ejecución. Es cierto, aquel que delinque no puede exigir que su honor y honra se mantengan incólumes, dado que al cometer delitos genera inexorablemente desafecto y reprensión social, de modo que autoperibirse como un buen ciudadano sería mera hipocresía. Empero, es una verdad de Perogrullo que en diversos procesos no es posible arribar a la verdad material, sino tan solo a la verdad formal, y a causa de ello pueden darse casos donde personas falsa o erróneamente inculpadas paguen la pena por un delito no cometido.

Entonces, conscientes de que las autoridades indígenas o campesinas no son seres infalibles, existe el riesgo de que una persona falsa o equívocamente acusada y circundada por una muchedumbre exaltada sea sometida a un castigo (azotes o cepo), que además de herir su integridad física y psicológica puede degradarlo socialmente ante su comunidad.

3.4. Principio de descolonización

La inserción de esta directriz en el texto constitucional boliviano es novísima, data de la reforma de 2009. En efecto, fue el proceso constituyente 2006-2009 quién dotó a la constitución de una serie de principios, derechos y garantías ausentes para apuntalar con mayor solidez la vida institucional. A pesar de su trascendencia y el eco que se le imprimió, el postulado de la descolonización solo figura en el articulado en dos oportunidades: artículos 9.1 (como un fin) y 78.1 (como un parámetro en la educación). Sin embargo, en materia constitucional no debe rendirse “culto al texto”, ya que el principio de que se trata es posible avistarlo implícitamente en el cuarto párrafo del preámbulo y en el artículo 255.II.2. La jurisprudencia constitucional también procedió a articularlo en diversas sentencias constitucionales, como la SCP N° 1422/2012 de 24 de septiembre, donde considera la descolonización una pauta de interpretación a seguir respecto a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

El contenido de este principio tiene dos vertientes, de recepción y de exclusión. El primero significa que en el nivel social, político, jurídico y cultural se reivindicarán los conocimientos y costumbres de los pueblos indígenas para provecho del Estado; el segundo, como dispone el preámbulo, consiste en suprimir de todas las dimensiones referidas la herencia deletérea que legó la época colonial. El ideal se exhibe como sensato, pero si se enfoca desde un plano general no es de hacedera satisfacción en ninguna de las parcelas del mundo social identificadas. Es posible que se haya pretendido exaltar culturalmente el derecho de los pueblos indígenas, pero esta hazaña no tuvo un impacto relevante en el diseño del aparato gubernamental porque la mayoría de las autoridades públicas no procede de estas comunidades. Para constatar esta afirmación basta con observar la composición actual del órgano ejecutivo y del TCP. Asimismo, desde el punto de vista histórico y lingüístico su viabilidad queda truncada, en cuanto querer borrar el pasado colonial de Bolivia es pretender ignorar su historia, y porque el castellano es el idioma con predominancia e influjo social y jurídico: la Constitución fue escrita en lengua castellana.

Como corolario, si solo se focaliza el criterio de exclusión jurídica, es sencillo determinar que las flagelaciones y los cepos, practicados en algunas comunidades indígenas y campesinas, vulneran este principio, ya que como se precisó en precedentes capítulos, estos fueron instrumentos de castigo implantados por la colonia española. Puede cifrarse lo expuesto con un silogismo. **Premisa mayor:** los azotes y los cepos son sanciones punitivas provenientes de la colonia. **Premisa menor:** la Constitución profesa dejar atrás el Estado colonial y se propone desterrar sus instituciones. **Conclusión:** los azotes y los cepos son inconstitucionales por ser mecanismos instaurados por la colonia que dilatan el proceso de descolonización.

4. *¿Qué dice la legislación y jurisprudencia constitucional?*

Con el objetivo de delimitar el ámbito de aplicación del derecho de los pueblos indígenas originario campesino, la Asamblea Legislativa Plurinacional elaboró la Ley de Deslinde Jurisdiccional. En cumplimiento de lo preceptuado por la constitución boliviana (art. 179. II), el órgano legislativo dispuso en el artículo 3 que la jurisdicción indígena originaria tiene rango equivalente a la jurisdicción ordinaria, agroambiental y otras. No obstante, por disposiciones posteriores de la misma normativa, el alcance del enunciado “igual jerarquía” se tornaría atenuado: el artículo 8 de la referida ley circunscribe el ámbito de vigencia de la jurisdicción indígena en función de tres criterios: personal, material y territorial. Estos deben concurrir simultáneamente para poder aplicar sus preceptos. Asimismo, el artículo 10, que define la competencia en razón de materia, preceptuó las materias (penal, civil, laboral, etc.) sobre las cuales su jurisdicción no puede asumir competencia.

De efectuarse la revisión del referido precepto, se vislumbra que esta ley limita en demasía las esferas de conocimiento de las autoridades judiciales indígenas y campesinas. En consecuencia, la igualdad jerárquica entre la jurisdicción ordinaria y la indígena originaria campesina, predicada por la Constitución y la ley, es mera lírica por el escaso margen de conocimiento que tienen las autoridades jurisdiccionales de la última. Si esta es la situación, aunque la ley de deslinde jurisdiccional norme

lo contrario, la jurisdicción constitucional también está por encima de esta debido a que es el TCP quien ostenta el estatus de último intérprete y máximo guardián de la Constitución.

Además de los artículos citados, aquel que particularmente debe ser destacado por su pertinencia al estudio es el artículo 5, que versa sobre el respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales inscritos en la norma suprema. En función de él es permisible concluir que la legislación nacional tampoco aprueba el uso de los azotes y cepos.

Tras haber realizado una revisión a la galería virtual de la jurisprudencia vertida por el TCP, se ha podido constatar que a la fecha (junio de 2022) no existe pronunciamiento expreso sobre la inconstitucionalidad de las flagelaciones o los cepos. Sin embargo, existe una cohorte de sentencias constitucionales a partir de las cuales es posible deducir tal conclusión. Por ejemplo, la SCP N° 1127/2013-L de 30 de agosto dispuso que la jurisdicción indígena adquiere legitimidad e idoneidad siempre que se respete los derechos y garantías constitucionales, no pudiendo suprimir las premisas máximas de respeto a la vida, prohibición de tortura y derecho a la defensa. La condicionante de respeto a los derechos fundamentales fue un útil complemento a la plena efectividad de los derechos fundamentales a través del control plural de constitucionalidad que, en contextos inter e intraculturales, “somete” –expresión empleada por el tribunal– a la justicia indígena (SCP N° 14/22/2012, 24 de septiembre).

Los razonamientos trasuntados son relevantes para cuestionar la constitucionalidad de los azotes y los cepos, pero quizás sea la SCP N° 1048/2017-S2 de 25 de septiembre la que reprueba de forma solapada a los primeros. En la mentada resolución judicial el alto tribunal comenta las conclusiones del Informe Técnico de Campo TCP/STyD/UD/009/2017 sobre la Comunidad Quentavi, del departamento de La Paz, elaborado por la Unidad de Descolonización del TCP. En lo pertinente a la materia explanó que el chicote tiene una lógica colonial no compatible con el artículo 5.1 (integridad personal) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Si las flagelaciones son adversas al artículo 5.1 de la convención, su inconstitucionalidad se torna patente, ya que esta normativa internacional constituye un elemento del bloque de constitucionalidad (art. 410. II).

Entonces, con base en la exigencia de respeto a los derechos fundamentales, el sometimiento de las decisiones de las autoridades indígenas y campesinas al control plural de constitucionalidad, y el rechazo indirecto del TCP, es dable colegir que la pena de los azotes y los cepos, por recaer en la corporeidad de la persona, no es admisible constitucionalmente, por lo que debe procederse a su ostracismo del elenco de sanciones del derecho de los pueblos indígenas y comunidades campesinas.

5. Experiencia foránea

5.1. Colombia

La Corte Constitucional colombiana determinó que la pena de los azotes era un correctivo plausible constitucionalmente por Sentencia N° T-523/97, que versó sobre la sanción del fuste en el pueblo Páez. En dicho caso los magistrados estimaron que el sufrimiento que podría causarse no revestía los “niveles de gravedad” requeridos para ser equiparado a una tortura porque el daño corporal causado era “mínimo”. Continuando con su discurso, dispuso que el fuste no es una pena degradante para el individuo dada su normalidad y teleología. Posteriormente, y realizando un parangón con el caso Tyrer del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, expresó que:

... las circunstancias particulares del castigo analizado, exigen del intérprete una ponderación diferente a la que realizó el Tribunal europeo en relación con los azotes practicados en el caso “Tyrer” ya mencionado, pues el contexto de la pena y la modalidad de ejecución fueron diferentes: el condenado tenía quince años, mientras Francisco Gembuel es un hombre adulto; el lugar de la sanción, en términos de la Corte Europea “es una sociedad moderna, que goza de condiciones políticas, sociales y culturales altamente desarrolladas”, mientras que la sociedad Páez, como comunidad aborigen aún conserva las tradiciones culturales de sus antepasados. Es decir, en el primer evento, los azotes eran vistos como un castigo que degrada al individuo, mientras en este caso, son concebidos como un medio que le ayuda a recobrar su espacio en la comunidad. En el caso estudiado por la Corte Europea, al menor se le obligó a bajarse el pantalón y la ropa interior, y agacharse debajo de una mesa, para recibir los azotes. En este evento, la sanción que se impuso a Francisco Gembuel deberá ser ejecutada en la pantorrilla, estando el sujeto de pie y completamente vestido, factor que, incluso, mitiga el dolor (Corte Constitucional de Colombia, 1997, p. 17-18).

Con base en estos argumentos, la parte dispositiva de la sentencia denegó la tutela impetrada debido a que proceder en sentido contrario habría implicado instituir una “hegemonía cultural” –la de Occidente–, incompatible con el valor del pluralismo, y porque la referida sanción no conculca el núcleo duro de los derechos fundamentales. Los cepos, por su parte, fueron tratados por la sentencia T-349, donde esta corporación judicial manifestó que el mismo era una pena aplicada por la comunidad indígena Embera-chamí que goza de tradición, y que es juzgada como valiosa por su alto grado de intimidación y fugaz duración; además, como no producen daño en la integridad del condenado, no puede ser calificada de cruel o inhumana.

Los razonamientos presentados reciben en doctrina la aprobación de Albó (2012, p. 214), quien, al realizar un análisis del restablecimiento del equilibrio comunal de las sanciones de los pueblos indígenas, manifestó que estos receptaban un valioso contenido simbólico no contrario a la prohibición de tortura. Se infiere, por lo expuesto, que los azotes y los cepos tienen aquiescencia por parte de

esta Corte Constitucional, ya sea por sus escasos grados de detrimento corporal, breve temporalidad, idoneidad preventiva y represiva, o por respeto a la diversidad cultural. Es cierto, las implicancias de estas penas impiden calificarla como actos de tortura, mas no de juzgarlas como tratos degradantes proscritos tanto por la Constitución boliviana (art. 15. I) y colombiana (art. 12).

5.2. Sudáfrica

La máxima instancia jurisdiccional del Estado sudafricano, la Corte Constitucional, inspirada en los dictámenes de “jurisprudencia extranjera” (Nogueira, 2011, p. 46), trató el tema de los azotes en el caso *The State vs. Williams and others* de 9 de junio de 1995, que versó sobre la pena de flagelación en menores de edad contenida en la ley de procedimiento criminal n° 51 de 1977.

Frente al argumento del valor disuasorio de los azotes la corte manifestó que la lucha contra el crimen era un objetivo legítimo, pero el Estado no presentó “(...) pruebas claras de que la flagelación de menores sea un elemento disuasorio más eficaz que otras formas de castigo disponibles” (Caso n° CCT/20/94, párr. 80). Con ese parecer, concluyó que esta pena afecta diversos derechos constitucionales, que el grado de dolor proporcionado era arbitrario y que no había dignidad en el acto mismo: “no hay dignidad ni siquiera en la persona que imparte el castigo. Es una práctica que degrada a todos los involucrados en ella” (Caso n° CCT/20/94, párr. 80). En consecuencia, dado que no fue posible determinar la certeza de la efectividad preventiva respecto a otras sanciones, y que la represión afecta derechos consagrados constitucionalmente, los azotes merman la dignidad del que padece la pena y del que la aplica, razón por la que correspondía declarar contrarias a la Constitución las disposiciones que los contenían.

Los argumentos expuestos son coherentes con el respeto a los derechos fundamentales y el avance del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, esta no sería la primera vez que se pronuncia sobre las penas corporales, ya que se tiene el precedente del caso *Fannin Jen vs Kumalo and Others* de 1995.

En conclusión, para este organismo judicial la flagelación es una pena cuyo grado de efectividad para repeler en delito está en vilo y no es compatible con una serie de derechos fundamentales. En cuanto a los cepos, los autores de este artículo consideran las razones trasuntadas y comentadas son extrapolables a aquellos debido a su incidencia en lo corpóreo.

5.3. Senderos constitucionales: ¿Por cuál optar?

Colombia y Sudáfrica guardan cierto paralelismo con Bolivia por la base ideológica semejante que apuntala sus respectivos entramados estatales. Gracias a este denominador común diversas magistraturas constitucionales del mundo pueden entablar diálogos judiciales provechosos para todas las partes involucradas; después de todo: “las democracias pueden aprender unas de otras” (Barak, 2017, p. 90). Con base en lo sostenido, los autores de este artículo sugieren que el

TCP emplee la “comparación jurídica” como método de interpretación (Häberle, 2010, p. 379-411) y utilice la parte motiva de los casos estudiados para orientar su decisión en caso de que se presente la duda sobre la constitucionalidad de los azotes o los cepos.

No obstante, el método comparado debe ser empleado con prudencia, pues las enseñanzas que se extraigan de la jurisprudencia extranjera pueden ser tanto beneficiosas como perjudiciales. Por ejemplo, el caso *Roe vs. Wade* de 1973 y *Stenberg vs. Carhart* del año 2000 de la Corte Suprema de Estados Unidos no ameritan emulación, por cuanto el primero determinó que “la Constitución no protege al niño no nacido aún” (Barker, 1991, p. 340), y porque el segundo otorga a la madre el pseudoderecho de “vaciar la cabeza de su hijo durante el parto”, un acto que ni la ciencia errónea del siglo XVIII dudaría en denominar homicidio (Stith, 2002, p. 40). Citando otro ejemplo, esta vez de naturaleza partidista, no juzgamos como acertado que la Corte Constitucional colombiana, sudafricana, ecuatoriana, u otra, reproduzcan el dislate de la SCP N° 0084/2017-S2 de 20 de febrero del TCP que forjó un contraderecho a la reelección indefinida.

Se ha verificado que la comparación constitucional debe ser efectuada con aplomo. El predicar la misma base axiológica no es suficiente para justificar la remisión de toda doctrina proveniente de cortes u organismos foráneos. Es menester que un tribunal constitucional no diluya la *identidad constitucional* de su Estado. Con base en la parénesis realizada, y considerando el pluralismo cultural que existe en los Estados contemporáneos, las máximas cortes de justicia deben practicar un multiculturalismo selectivo, que “consiste en el ajuste mutuo y la tolerancia de todas aquellas prácticas que no violan los derechos humanos” (Bunge, 2009, p. 123).

Culminado el excursus sobre la utilidad del derecho comparado y la caracterización del método de interpretación de cotejo jurídico-cultural, corresponde elucidar la interrogante planteada en el rótulo del presente subcapítulo: ¿qué experiencia debería preferirse (colombiana o sudafricana)?

A prima facie ninguna experiencia es aplicable en plenitud ya que, si nos remitimos a la teoría del precedente constitucional, el caso resuelto por Colombia y Sudáfrica tienen una base fáctica diferente o limitada respecto al uso de los azotes: en el primero, se propinan en la pantorrilla del infractor; en el segundo, se infligen contra menores. En Bolivia (en las comunidades identificadas durante el desarrollo de la investigación), las flagelaciones son propinadas generalmente en la espalda de personas mayores. A pesar de lo mencionado, se considera que la balanza debe inclinarse a favor de los argumentos ofrecidos por la Corte Constitucional sudafricana, porque son los que guardan mayor grado de sintonía con el telos específico del Derecho Constitucional y con toda constitución democrática, que es *la materialización y cobertura idónea de la dignidad y libertad del hombre en sociedad* (Linares, 1977, II, p. 287; Badeni, 2006, I, p. 108).

No se comparte el criterio sentado por la Corte Constitucional colombiana porque la falibilidad y los riesgos de exceso pueden ocasionar sistemáticas

violaciones a derechos fundamentales. Un caso ilustrador para Bolivia es el de Paulina Luque Siñani, donde las autoridades y miembros de la comunidad Suncallo vulneraron el derecho a la vida, integridad, propiedad, la inviolabilidad de domicilio, al trabajo, al debido proceso, a la defensa, al agua, a la vivienda y electricidad (SCP 0152/2015-S2, 25 de febrero). Además, su apreciación sobre los niveles de dolor y humillación no son extrapolables a nuestra realidad. Por ejemplo, en el pueblo Páez los azotes son dados en la pantorrilla; en Bolivia por lo común son propinados en la espalda. En ese orden de ideas, la valoración que los magistrados tengan del dolor, el deshonor y la deshonra son subjetivos; quizás tendrían que experimentar uno, dos o cuatro azotes frente a sus vecinos para medir el grado de sufrimiento y descrédito que pueden provocar.

Algunos autores alegarán el carácter simbólico de estas medidas para justificar su aplicación. Sin embargo, efectuando una hipérbole sobre el simbolismo de una pena, recordemos que la guillotina de los revolucionarios franceses también lo ostentaba, incluso en mayor medida, lo que no la convertía en una pena rebotante de humanidad o civilidad. Asimismo, podría argüirse la diferencia cultural del elemento poblacional en concreto, pero esto generaría juicios contradictorios: los artículos 1, 21 y 44 reconocen a todo colombiano el derecho a la dignidad, honra e integridad personal, por lo que es deber del Estado asumir obligaciones y prohibiciones para su respeto y garantía; no obstante, si se es miembro del pueblo Páez, en respeto al principio del pluralismo, es factible sancionar a una persona con la pena del fuste porque el grado de dolor y humillación no son relevantes.

Por consiguiente, existirían espacios donde el imperio de la Constitución es relativo o nulo. ¿Cómo explicamos esta situación al principio de constitucionalización del sistema jurídico que concibe una “Constitución invasora” (Guastini, 2001, p. 153)?

Cuando se presente el momento de análisis sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los azotes y los cepos, el TCP deberá aquilatar y, en su caso, ordenar la presentación de los siguientes ítems: a) estudios que determinen la eficacia preventiva y erradicadora del crimen de los azotes y los cepos en las comunidades donde se practican; b) verificar si no existen otras medidas punitivas menos lesivas que generen similares o mejores resultados; c) cavilar acerca del desarrollo del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto a las penas con incidencia corporal; d) reflexionar sobre la realidad particular de los pueblos indígenas y comunidades campesinas; y e) ponderar el principio del pluralismo en sus dimensiones cultural y judicial con el derecho fundamental a la dignidad humana, integridad personal (física y psicológica), honor, honra y el principio de descolonización. A criterio nuestro, después de sopesarse todos estos ítems, el máximo torreón de la Constitución deberá declarar inconstitucional tanto las flagelaciones como los cepos.

CONCLUSIONES

Después del viaje teórico trajinado se ha podido constatar que la pena de los azotes y el cepo conculcan una serie de derechos y principios de la constitución

boliviana. A pesar de la repercusión dañina que tienen sobre la persona no existe ley o jurisprudencia constitucional que los declare inconstitucionales de manera expresa y diáfana, lo que no es óbice para que se los pueda proscribir a partir de los principios de respeto a los derechos fundamentales e interpretación conforme a la Constitución receptados por la Ley de deslinde jurisdiccional y algunas sentencias constitucionales. Como el TCP aún no ha abordado la temática, se sugirió que sería adecuado utilizar el método de interpretación comparado cuando se suscite la coyuntura apropiada. En dicha oportunidad nuestra magistratura constitucional podrá valerse del caso de “la sentencia del fueite” o “*The State vs. Williams and others*”, para guiar su decisión respecto a los azotes y aplicar, en la medida de lo razonable, sus argumentos a los cepos.

El TCP deberá optar por la causa cuyas razones mejor compaginen con el *telos* del constitucionalismo. En consecuencia deberá inspirarse en el sendero constitucional trazado por la corte constitucional sudafricana y desechar la experiencia colombiana, por cuanto los argumentos a su favor son subjetivos, fraccionan escenarios de desvinculación constitucional, y no profesan un multiculturalismo selectivo en pro de los derechos humanos. Como corolario, en la mayoría de los sistemas penales contemporáneos las sanciones corporales han sido proscritas, y dada la falibilidad del ser humano como la afectación de la dignidad de la persona, consideramos acertado que el TCP declare inconstitucionales estas penas, no sin antes sopesar los indicadores enrolados en el capítulo sobre senderos constitucionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albó, X. (2012). Justicia indígena en la Bolivia plurinacional. En B. de Sousa, S., y J. L. Exeni Rodríguez (Eds.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (pp. 201-243). Abya Yala.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra.
- Barak, A. (2020). *La aplicación judicial de los derechos fundamentales. Escritos sobre derechos y teoría constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Barker, R. (1991). La controversia sobre el aborto en los Estados Unidos: Las dimensiones constitucionales. *Revista española de Derecho constitucional*, 45, 337-349.
- Bunge, M. (2009). *Filosofía política*. Gedisa.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el chaco de Bolivia*. OEA.
- Comunidad de derechos humanos. (12 de julio de 2017). Agresión a Pradel abre debate: Justicia Ordinaria o Comunitaria. https://comunidad.org.bo/index.php/noticia/detalle/cod_noticia/3337
- Consejo Indígena del Pueblo Tacana (CIPTA). (2007). *Pueblo Indígena Tacana, Consolidación y Gestión territorial*. USAID.
- Corte Constitucional de Colombia (1996), Sentencia N° T-349/96.
- Corte Constitucional de Colombia (1997). Sentencia N° T-523/97.

- Corte Constitucional de Sudáfrica (1995). Caso n° CCT/20/94.
- Correo del Sur. (30 de junio de 2019). Los chicotes en el campo. <https://correodelsur.com/opinion/20190630-los-chicotes-en-el-campo.html#:~:text=En%20nuestro%20pa%C3%ADs%20es%20entendido,sujetar%20ciertas%20prendas%20de%20vestir.>
- Cruz Apaza, R. (2021). *Ensayos de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*. Estandarte de la Verdad.
- Díaz Arnau, O. (s.f.). Cepo: tortura física a los delincuentes. <https://indigenas.lapublica.org.bo/inao/cepo-tortura-fisica-a-los-delincuentes/>.
- Echeverría Muñoz, D. (2020). El derecho al honor, la honra y buena reputación: antecedentes y regulación constitucional en el Ecuador. *Ius Humani: Revista de Derecho*, 9, 209-230.
- El Deber. (6 de diciembre de 2018). No se cumplió el duelo a 'chicotazos' propuesto por el diputado Rafael Quispe. https://eldeber.com.bo/bolivia/no-se-cumple-el-duelo-a-chicotazos-propuesto-por-el-diputado-rafael-quispe_24611.
- El Deber. (24 de septiembre de 2021). Al grito de ¡chiquitanos de pie, nunca de rodillas! chicotean a un integrante del Conamaq. https://eldeber.com.bo/santa-cruz/al-grito-de-chiquitanos-chiquitanos-chicotean-a-un-integrante-del-conamaq_248524.
- El Diario. (8 de enero de 2015). Presunto ladrón llevado al cepo. https://www.pub.eldiario.net/noticias/2015/2015_01/nt150108/sociedad.php?n=49&-presunto-ladron-llevado-al-cepo.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Häberle, P. (2010). Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. *Revista de derecho constitucional europeo*, 13, 379-411.
- Justel, A. (2021). Azotes por madera y revanchismo político: el enmarañado proceso jurídico que fustigó a Marcial Fabricano. *Temas sociales*, 49, 166-193.
- Kant, I. (2002). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Alianza.
- Linares Quintana, S. (1987). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*. T. II. Editorial Plus Ultra.
- Nogueira Alcalá, H. (2011). El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. *Estudios constitucionales*, año 9, n° 2, 17-76.
- Sarlet, I. (2019). *La eficacia de los derechos fundamentales, Una perspectiva general desde la perspectiva constitucional*. Palestra.
- Stith, R. (2002). ¿El embrión como persona? El aporte fundamental del Derecho. *Cuadernos de bioética*, 13(47-49), 39-42.
- Stith, R. (2010). La prioridad del respeto: cómo nuestra humanidad común puede fundamentar nuestra dignidad individual. *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos*, 62, 181-210.

Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP N° 0686/2004-R de 6 de mayo.

Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP N° 1422/2012 de 24 de septiembre.

Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP N° 1127/2013-L de 30 de agosto.

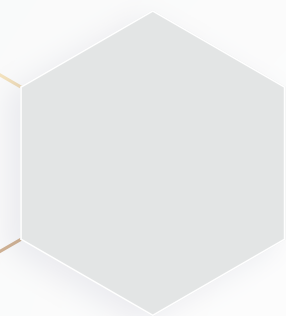
Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP N° 0152/2015-S2 de 25 de febrero.

Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP N° 0084/2017-S2 de 20 de febrero.

Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP N° 1048/2017-S2 de 25 de septiembre.

Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP N° 0749/2021-S2 de 8 de noviembre.

Villca Apaza, J. (2008). *Los excesos en la aplicación de sanciones en la justicia comunitaria*. Tesina. Universidad Mayor de San Andrés.



ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

LOS PROGRAMAS SOCIALES DEL ESTADO Y SU IMPACTO EN LA NORMATIVIDAD INTERNA EN EL PUEBLO TOTONACA DE HUEHUETLA, PUEBLA

Melintón González García
Universidad Intercultural de Puebla, México
gonzalesmelinton090@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-8304-4655>

Ernestina Solís Patiño
Universidad Intercultural del Estado de Puebla, México
ernestina.solis@uiep.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0001-8681-0909>

Fecha de recepción: 1 de julio de 2022
Fecha de aceptación: 25 de octubre de 2022
Fecha de publicación: 15 de diciembre de 2022

Resumen

El artículo analiza la utilización de los programas sociales gubernamentales como instrumento de influencia e inducción del voto en épocas electorales en los diferentes niveles de gobierno, así como su impacto en la normatividad interna, en el municipio totonaca de Huehuetla, Puebla, México. Desde una posición crítica y bajo un enfoque socio-jurídico e intercultural, se pudo evidenciar cómo a través de las diferentes acciones y prácticas, el Estado ha impactado de diferentes maneras en la organización política en los pueblos originarios. Con frecuencia se debilitaron, de una u otra forma, las prácticas y actividades acordes con la normativa interna, como es el caso de las comunidades totonacas del citado lugar. Asimismo, se visualizó cómo afectó la inducción al voto, otorgando apoyos sociales, como es el programa de “Vivienda digna”, “Piso firme” y “Sembrando vida”, con los cuales se rompen algunas normas internas que están presentes en su organización social. A pesar de todo, algunos ciudadanos totonacos, principalmente de edad avanzada, se resisten a perder sus costumbres, pero se ven minimizados por el gobierno dominante.

Palabras clave: Estado, Huehuetla, México, programas sociales, pueblos originarios, sistemas normativos internos.

STATE SOCIAL PROGRAMS AND THEIR IMPACT ON THE INTERNAL REGULATIONS OF THE TOTONACA PEOPLE OF HUEHUETLA, PUEBLA STATE

Abstract

This article analyzes the use of governmental social programs as an instrument of influence and vote induction during elections at diverse levels of government, as well as their impact on internal regulations in the Totonaca municipality of Huehuetla, Puebla State, Mexico. From a critical perspective and under a socio-legal and intercultural approach, it was possible to show how, through different actions and practices, the State has affected in different ways on the political organization of indigenous peoples. Frequently, practices and activities in accordance with internal norms were weakened in one way or another, as in the case of the Totonaca communities in the aforementioned area. Likewise, it was shown how the inducement to vote through the social support programs called “Vivienda digna (Dignified housing)”, “Piso firme (Solid floor)” and “Sembrando vida (Sowing life)” affected voting. These programs break some of the internal norms that are present in the social organization of Totonaca communities. Nevertheless, some Totonac citizens, mostly the elderly, resist losing their customs, but are minimized by the dominant government.

Key words: State, Huehuetla, Mexico, social programs, indigenous peoples, internal normative systems.

INTRODUCCIÓN¹

Esta investigación gira en torno al grado de preservación de las normas internas del pueblo totonaca de las localidades de Lipuntahuaca y Xonalpu del municipio de Huehuetla, en la entidad federativa de Puebla (México). Para ello se comprobará si los programas sociales son utilizados para la manipulación ciudadana en el ejercicio de la democracia a través del voto, impactando negativamente en la organización social, política y económica al interior de los pueblos totonacos.

La injerencia estatal se detecta en el otorgamiento de los diferentes programas sociales, que han estado presentes en los últimos años en estos pueblos totonacos pertenecientes a la jurisdicción municipal de Huehuetla. Este hecho ilustra cómo el Estado asiste a las poblaciones marginadas, rompiendo el ejercicio de la autonomía y libre determinación reconocida para los pueblos en la legislación reciente en el Estado mexicano, así como otros derechos que les corresponden como personas individuales y colectivas dentro del territorio nacional.

¹ Este trabajo se enmarca en el programa “Sistemas normativos de los pueblos originarios para la solución de conflictos en regiones interculturales del estado de Puebla” del Programa para el Desarrollo Profesional Docente Tipo Superior, de fortalecimiento de cuerpos académicos (México), con el liderazgo de la Dra. María del Pilar Hernández Limonchi (IDCA 31603, UIEP-CA-8).

Después de abordar el impacto que tienen los programas sociales en la comunidad de Xonalpu, Lipuntahuaca y Chilococho del Municipio de Huehuetla, y la percepción de las principales violaciones de sus derechos, se muestra cómo la manipulación de la ciudadanía a través de estos programas ha afectado el ejercicio del derecho a la autonomía y la libre determinación del pueblo totonaca de Huehuetla. Estos mecanismos ejercidos sobre la población menguan de manera directa e indirecta las prácticas de la normatividad interna que tienen estas comunidades en su organización social.

Como se verá más adelante, en el transcurso de la investigación, las ciudadanas y los ciudadanos entrevistados manifestaron su inconformidad con el hecho de que el Estado interfiera en la vida interna de los pueblos. Un ejemplo al respecto es la faena, una institución social propia de las comunidades; a través de ella se realizan actividades comunitarias como mantener en buen estado los espacios públicos.

Las personas totonacas que han colaborado en la investigación han dado a conocer la situación actual en la que se encuentran las normas internas de su localidad. Ello permite deducir que la mayor parte de la ciudadanía de varias comunidades de Huehuetla quiere seguir rigiéndose por sus normas internas (tal y como era su costumbre), situación que se ve truncada por la injerencia del municipio. Esta intervención tiene lugar a través de los beneficios que los vecinos reciben en el marco de los programas sociales, sin realizar actividad a cambio, excepto comprometer la emisión del sufragio cuando se van a elegir diputados, senadores, gobernadores, presidente de la república y presidentes municipales.

La problemática en torno a la cual gira esta investigación es preocupante, ya que en el territorio mexicano existen diferentes instrumentos legales en materia de protección de los derechos de los pueblos originarios, tanto a nivel internacional, como nacional y local. Sin embargo, a partir de la observación de la realidad, se puede apreciar que no se están garantizando esos derechos, y que las mismas comunidades manifiestan su desacuerdo con la situación, a pesar de desconocer las leyes. Persiste la violación de los derechos del pueblo totonaca por parte del grupo que controla el poder en el municipio.

De igual forma, se destaca en este trabajo el ímpetu que tiene la población de las localidades totonacas en la preservación de los sistemas normativos internos, oponiendo resistencia a la subordinación total a las políticas externas. De una manera u otra, siguen conservando algunas reglas propias, pese a que desconocen que tienen autonomía para seguir gobernándose y organizándose como han acostumbrado, que es lo que por derecho les corresponde.

CONTEXTO

El contexto geográfico de esta investigación es el municipio poblano de Huehuetla, como parte del territorio totonaca. En este artículo científico los *sistemas normativos* se refieren a lo que comúnmente, en las investigaciones de las propias leyes del Estado mexicano, se identifican como “usos y costumbres”,

cuando en realidad son normas internas con las que se regula un pueblo y son preponderantemente orales.

En lo que respecta al contexto geográfico de este estudio, el municipio de Huehuetla se localiza en la parte norte del estado de Puebla. El nombre del municipio proviene de los vocablos náhuatl “huehue” (viejo) y “tla” o “tlan”, sinónimo de lugar. Ambos forman el significado de “lugar viejo”. Esta entidad local colinda al norte con el estado de Veracruz; al este, con Tuzamapan de Galeana; al sur, con Caxhuacan y Jonotla; y, al oeste con Olintla (Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal [INAFED], 2021).

El municipio posee una extensión territorial de 47.95 kilómetros cuadrados, una superficie que lo sitúa en el lugar 158 con respecto a los demás en el estado de Puebla. La entidad municipal cuenta con diez comunidades y una junta auxiliar. Las comunidades son las siguientes: Putlunichuchut, Xonalpu, Francisco I. Madero, Kuwikchuchut, Cinco de Mayo, Chilococho del Carmen, Chilococho Guadalupe, Leacaman, Lipuntahuaca y Putaxcat. La junta auxiliar tiene el nombre de San Juan Ozelonacaxtla (INAFED, 2021).

De acuerdo con los datos registrados por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL, 2022), en el municipio de Huehuetla la población es de 8.709 mujeres y 8.373 hombres, lo que asciende a un total de 17.082 pobladores. En esta entidad municipal la lengua totonaca es el principal medio de comunicación; solo en las comunidades de Chilococho del Carmen y de Chilococho Guadalupe, una parte de la población habla náhuatl y totonaca.

Es necesario mencionar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con la reforma del 2001, institucionaliza los derechos de los pueblos originarios en su artículo 2, el cual establece que los pueblos indígenas (originarios) tienen autonomía y libre determinación para regirse social, política y culturalmente a través de sus normas internas.

Con el fin de abordar someramente este tema, de acuerdo con Kymlicka, (1996) citado por Martínez (2006), los sistemas normativos internos “son derechos de autogobierno y se fundamentan, con algunos límites, en el derecho de autodeterminación de los pueblos” (p.51); reconocido a su vez por el derecho internacional. Según este autor, las normas y jurisdicciones locales precisan de una base territorial y son convenientes para asegurar el pleno y libre desarrollo de las culturas minoritarias y garantizar los intereses de sus miembros.

A partir de esta consideración se puede afirmar que estos sistemas normativos conforman una de las bases que tienen los pueblos originarios para organizar su propio gobierno y la vida en su sociedad y a propósito, es importante conocer más la perspectiva que tienen otros autores sobre este modelo. Se puede iniciar conceptualizando lo que se entiende por comunidad indígena; es aquella que forma una unidad social, económica y cultural, está asentada en un territorio y reconoce autoridades propias de acuerdo con los sistemas normativos indígenas

(Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014). De esta forma, tal y como refiere Martínez (2006):

los sistemas normativos internos forman parte del derecho de un pueblo o minoría étnica a tener normas, autoridades y procedimientos propios y culturalmente adecuados para reproducirse como un grupo con una identidad diferenciada. Conforman, en consecuencia, un derecho colectivo. Pero, desde otra perspectiva, es un derecho individual, reconocido a los miembros de la minoría como el derecho a tener tribunales, normas y procedimientos accesibles y apropiados para su sistema de valores, su lengua y su perspectiva cultural (p. 51).

En México, en el año 2004, se reforma la Constitución del Estado de Puebla en su artículo 13. En ella se reconoce que pueblos originarios (indígenas) se encuentran establecidos dentro del territorio poblano. Literalmente la Constitución establece lo siguiente:

Artículo 13: El Estado de Puebla tiene una composición pluricultural y multilingüística, sustentada originalmente en sus pueblos y comunidades indígenas Náhuas, Totonacas o Tutunakuj, Mixtecas o Ñuu Savi, Tepehuas o Hamaispini, Otomíes o Hñähñü, Popolocas o N'guiva y Mazatecas o Ha shuta enima, los cuales se asentaron en el territorio que actualmente ocupa la Entidad desde la época precolombina y conservan instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, que les son propias. (p. 19)

De igual forma, en el año 2011, se adiciona un segundo párrafo al mismo numeral 13 de la Constitución de Puebla, reconociendo a los pueblos originarios (indígenas) como sujetos de derecho público. Así, si se interpreta el artículo mencionado con anterioridad, se puede afirmar que el Estado reconoce cuáles son las comunidades indígenas, entre ellas, el pueblo totonaco (tutunakuj), cuyos miembros conservan sus propias instituciones. Este derecho a la autonomía y libre determinación se ve afectado, pues ha sido violado precisamente en el caso de las comunidades del municipio de Huehuetla, a través de la presión política del municipio.

Al respecto, cabe señalar que las políticas públicas son las que un Estado establece para disminuir la pobreza o impulsar la educación en la sociedad marginada (Arias y Herrera, 2012). En este sentido, el Estado mexicano ha implementado varias políticas. Por ejemplo, ha establecido los siguientes programas: “Jóvenes escribiendo el futuro”, para que los jóvenes de escasos recursos económicos alcancen a cursar una carrera universitaria; otro programa social es el denominado becas “Benito Juárez” para educación básica, becas “madres trabajadoras”, “sembrando vidas”, “vivienda digna”, entre otros.

A partir de 1970, los rasgos estructurales de las políticas de bienestar posrevolucionarias fueron determinados siguiendo la orientación de los programas sociales, con el fin de solventar la problemática de la pobreza rural. No en vano los movimientos de protesta campesinos conminaron al presidente Luis Echeverría (1970-1976) a reconocer que existían amplios grupos de la población mexicana

a los que no se había atendido. Entonces se propusieron cambios en el ámbito de la política económica y social, con el propósito de que, al mismo tiempo que se generara riqueza, esta fuera repartida de manera más justa entre los distintos sectores sociales (Barajas, 2019).

Años más tarde, la Ley General de Desarrollo Social (2004) se aprobó por unanimidad, tanto en la Cámara de Diputados como de Senadores, entre noviembre y diciembre de 2003, y fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de enero de 2004 (Barajas, 2019).

En la actualidad, en el marco constitucional, concretamente en el artículo 4, se reconoce que deben garantizarse las necesidades de la población. Por lo tanto, los programas sociales constituyen una necesidad fundamental. En esta línea, en el 2020 se impulsaron varias reformas y adiciones en los párrafos que conforman el referido artículo.

Como se ilustra con las leyes mencionadas con anterioridad, se interpreta con qué finalidad son establecidos los distintos programas sociales que maneja el Estado mexicano: con el propósito de impulsar la igualdad en el ejercicio de derechos por los grupos humanos que se encuentran establecidos en las zonas marginadas (dentro de las cuales se hallan los pueblos originarios) y, sobre todo, por la lejanía en la que se encuentran sus comunidades respecto a sus cabeceras distritales.

Para el caso del Estado de Puebla, desde las diferentes normativas que tiene la entidad se respaldan los programas sociales como parte de la estrategia del desarrollo de la sociedad. Ello se desprende de la Constitución Política para el Estado Libre y Soberano de Puebla (2020) así como de la Ley de Desarrollo Social para el Estado de Puebla (2004). Específicamente, en el capítulo 1 de esta ley es donde se establece que es un derecho la implantación de los programas y políticas sociales, y también se presentan los principios que deben regir al momento de repartir los recursos, a fin de que el reparto sea de manera equitativa y sobre todo tome en cuenta a aquellas personas que más lo necesitan. Dentro de este mismo ámbito, este propósito se encuentra contemplado también como objetivo en el Plan de Desarrollo Estatal 2019-2024.

Ahora bien, en el caso de las políticas públicas generadas en el ámbito municipal, estas se aplican de acuerdo a cómo se contemple en el plan de desarrollo municipal, y sobre todo cuánto se destina del presupuesto público a estos programas dentro de la jurisdicción local.

METODOLOGÍA

El trabajo de campo precisó la aplicación de entrevistas semiestructuradas en las comunidades de Lipuntahuaca y Xonalpu en el primer semestre de 2022, y con anterioridad, en el año 2020, en las localidades de Chilococho del Carmen, Chilococho Guadalupe y Putaxcat, de tradición totonaca y ubicadas en el municipio de Huehuetla.

Con base en las normas mexicanas que protegen los derechos del pueblo totonaca de Huehuetla, para motivar el diálogo y dirigirlo específicamente a la autonomía y libre determinación de los pueblos, se plantearon las siguientes interrogantes: ¿cómo se elige a sus autoridades? ¿qué aspectos se toman en cuenta para ser elegible? ¿qué comités existen en sus comunidades? ¿cuáles son las facultades de los comités? ¿qué otras autoridades reconoce la comunidad? ¿cómo son elegidas y cuáles son sus competencias? ¿conoce las leyes que protegen el ejercicio de su autogobierno?

El trabajo de investigación tuvo un carácter cualitativo y conllevó la aplicación del razonamiento inductivo, adecuado para los estudios de caso. Asimismo, tuvo un enfoque socio- jurídico e intercultural. Su preparación se facilitó con el empleo de la hermenéutica jurídica y las técnicas de investigación legislativa y bibliográfica. Se aplicaron un número total de 111 entrevistas a personas que denominamos colaboradores mas no informantes, de las cuales 61 fueron semiestructuradas y 50 estructuradas. En las semiestructuradas participaron ancianos monolingües que hubiesen desempeñado algún cargo en la comunidad; las mismas se desarrollaron como una conversación a partir de las interrogantes: Los mismos fueron los siguiente: 9 exautoridades comunitarias (exjueces de paz), 3 integrantes del comité de agua actuales, 4 integrantes del excomité de agua, 17 fiscales, 11 cuadrilleros, 7 integrantes del comité de padres de familia y 10 ciudadanos comunes monolingües pertenecientes a las localidades mencionadas con anterioridad.

Las 50 entrevistas estructuradas fueron aplicadas a las personas bilingües hablantes de la lengua totonaca y español: 20 líderes comunitarios, 3 regidores, 3 autoridades comunitarias en funciones, 5 exjueces de paz, 6 integrantes del comité de agua actual, 8 integrantes del ex comité de agua y 5 padres de familia.

La investigación realizada adoptó la técnica de observación participante propia de la investigación etnográfica. Los colaboradores fueron personas adultas de entre 40 y 85 años que fungieron como autoridades en servicio comunitario entre los años 1970 y 2022. En estas entrevistas fue relevante el testimonio de tres personas integrantes de comités comunitarios, que ejercieron puestos como presidentes de comité y cuyas voces se plasmaron en este trabajo. Así como también cabe destacar el aporte de las veinte personas propuestas por las exautoridades comunitarias, reconocidas como líderes activos dentro de su comunidad y las diez personas comunes, bilingües que, al momento de la entrevista, se interesaron por el tema.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

El 90% de los colaboradores comunitarios totonacas manifestaron haberse sentido presionados en la medida que, si no permiten que el presidente municipal nombre a la autoridad comunitaria, el municipio no otorga a la comunidad beneficios, como obras públicas, e incluso restringe los programas sociales, es decir, no los toma en cuenta para las prerrogativas que otorga el Estado o nación.

A juzgar por lo que manifiestan los colaboradores, se viola la Ley de Derechos, Cultura y Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas del

Estado de Puebla (2011), ya que es la norma de derecho vigente que contempla los derechos consuetudinarios de los pueblos originarios de la entidad federativa. Este derecho constitucional es desconocido por el pueblo totonaco del municipio de Huehuetla, información obtenida a través de esta investigación. Así se concluye que las personas colaboradoras manifestaron que desconocían los derechos que tiene el pueblo totonaco; igualmente indicaron que no tienen conocimiento de que exista un documento que los proteja.

A través de las entrevistas se tuvo conocimiento de la situación actual de la población totonaca y uno de los temas que resaltó fue, precisamente, que el municipio viola la autonomía de estos pueblos en la elección de sus autoridades internas. Además, se hizo visible cómo los programas sociales son utilizados por el Estado mexicano para cautivar el voto inducido en las elecciones locales, institucionalizadas a través del sistema partidista.

De las 111 personas entrevistadas, el 99% coinciden en que les imponen el nombramiento de su autoridad comunitaria; el 1% está formado por personas que se encuentran actualmente en función y que se han visto beneficiadas por esta imposición. Esta investigación confirma la violación de los derechos de la población originaria, como es el ejercicio de su autonomía y libre determinación en su organización política desde sus propias normas internas.

1. Presencia de los sistemas normativos en las comunidades de Huehuetla

Uno de los ejes transversales de la Universidad Intercultural del Estado de Puebla es precisamente la vinculación comunitaria, por lo que tanto docentes como alumnos deben realizar esta actividad. A través de esta acción se recorren las localidades de diferentes municipios que pertenecen al Estado de Puebla.

En el año 2020 se realizó la vinculación con las localidades de Chilocoyo del Carmen y Chilocoyo Guadalupe pertenecientes al municipio de Huehuetla, que cuentan con un 20% de población náhuatl y 30% de población totonaca. En estas localidades se realizó un diagnóstico sobre las normas internas de sus pueblos y la forma en que eligen a sus autoridades comunitarias. Uno de los datos obtenidos fue precisamente que existen reglas para la elección de sus autoridades tradicionales, pero que hace aproximadamente 30 años el municipio las nombra y solo convocan a una asamblea para ratificar su decisión.

De acuerdo con las palabras del ciudadano Juvenal Gómez, originario de la comunidad de Xonalpu:

En (...) la forma de organizarnos internamente tenemos nuestras propias normas, no se elegía cualquier persona, sino una que tuviese una vida recta honorable, que se conduzca con rectitud, que haya desempeñado otros cargos, aunque en los últimos años se ha ido cambiando en las prácticas que se hacía anteriormente, pero la esencia de esta forma de organizarnos como pueblo todavía se sigue preservando en parte (comunicación personal, marzo de 2022).

Se observó, a través de la investigación realizada, la forma en que se organizan cada una de las comunidades que integran el municipio de Huehuetla. Se alcanzó a apreciar que todos los pueblos conservan los sistemas normativos o su costumbre, en palabras de sus miembros. Es el caso particular de la comunidad de Lipuntahuaca. A continuación, se dan a conocer cómo se integran las autoridades de esta localidad, para dirigir la organización de la misma. Ahora bien, de acuerdo con Maldonado y Terven (2008) sobre el Juzgado Indígena de Huehuetla:

Las autoridades comunitarias están compuestas por el juez de paz, el comité de preescolar, de primaria y de secundaria, el comité de agua potable y el comité de caminos. Cabe destacar que estas autoridades son muy cuestionadas y son motivo de conflictos entre los habitantes de la comunidad debido a que, por lo general, son cargos asignados por el cabildo municipal en el caso del juez de paz. Los comités, a su vez, son electos por el juez de paz y/o los regidores, y no mediante los mecanismos tradicionales de elección, es decir, la asamblea comunitaria. (p. 87).

Cabe destacar que los datos obtenidos de la investigación que se realizó en 2022 no difieren significativamente, toda vez que la persona que es responsable del servicio del agua, el señor Miguel García Vega, totonaco de 78 años y originario de Lipuntahuaca, tiene en el cargo ya aproximadamente seis años, con la diferencia de que fue elegido en asamblea y el cargo es oneroso. Es quien resuelve los problemas que se presenten con el servicio de agua potable.

2. Formas de elegir a las autoridades municipales

El municipio de Huehuetla, al estar integrado preponderantemente por el pueblo totonaca, aún no ha alcanzado a elegir a sus autoridades municipales a través de sus normas internas, dado el predominio del sistema partidista. Aquí, la elección de las autoridades municipales se realiza a través del sufragio partidista para integrar en el ayuntamiento a cualquier cargo popular mediante el ejercicio de la democracia, apoyándose en los lineamientos que señalan las normas de derecho positivo, como es el Código de Instituciones y Procesos Electorales del Estado de Puebla (2000) y la Ley Orgánica Municipal (2021). La institución que tiene la facultad de organizar las elecciones municipales es el Instituto Nacional Electoral en el Estado Mexicano, que a su vez instala un Consejo Electoral Municipal que se responsabiliza de que la elección se lleve a cabo conforme a la ley.

Dentro de la jurisdicción municipal de Huehuetla están presentes las diez comunidades y la junta auxiliar. Estas emplean actualmente el sistema normativo interno para elegir a sus autoridades comunitarias, cuyos cargos son el de presidente de la junta auxiliar, el Juez de Paz y los inspectores, quienes fungen como autoridades administrativas y judiciales. Ellos son los que representan legalmente a la comunidad.

En estas comunidades totonacas, la forma de organizar el proceso de elección de las autoridades locales, al menos en los años noventa, se regía por el derecho

consuetudinario, como menciona José García Espinoza, originario de la comunidad de Lipuntahuaca. En entrevista este afirmó que:

Las autoridades comunitarias eran elegidas a través de sus normas internas en una asamblea general, en donde los principales que se postulaban a ello son los líderes comunitarios o quienes ya habían ocupado un cargo importante en la comunidad, en donde se reflejaba el trabajo realizado a través del servicio comunitario, pero en el proceso de elección la voz y el voto la tenían la asamblea o el pueblo (comunicación personal, marzo de 2022).

De los datos obtenidos en la investigación se desprende que, a fines de los noventa y principios de año 2000 aproximadamente, la elección de autoridades comunitarias era por decisión de los ayuntamientos municipales, ya sea para el cargo de presidente auxiliar, juez de paz o inspector. El municipio era el que publicaba la convocatoria o el aviso a las comunidades, quienes, para legitimar sus decisiones, convocaban a una asamblea general a la comunidad. Esta sigue siendo la forma actual en que el Ayuntamiento de Huehuetla elige a sus autoridades comunitarias, con la correspondiente afectación a los sistemas normativos comunitarios.

Conviene diferenciar entre la elección tradicional de las autoridades bajo los sistemas normativos con las diferentes modalidades de esta, y la nueva práctica que se ha adoptado en los últimos tiempos, la cual ha causado una inconformidad entre los habitantes de cada uno de los pueblos originarios que integran el municipio.

Anteriormente, en la década de los noventa, la organización para elegir a las autoridades comunitarias consistía en que, una vez terminado el periodo de ejercicio de las autoridades en turno, el ayuntamiento municipal daba aviso sobre el cambio de las autoridades comunitarias y la gente de la comunidad se organizaba para elegir a quiénes podrían ser los posibles escogidos para ejercer el cargo de presidente auxiliar, juez de paz o inspector. De acuerdo con lo que menciona el ciudadano Pedro Pérez García, de 63 años, originario de la localidad de Xonalpu:

Para la elección de los posibles candidatos se formaba la asamblea sobre quienes llevaban más tiempo liderando a la comunidad, con acciones en favor del pueblo. Ejemplo, aquella persona que hubiera estado colaborando con las autoridades en turno, ayudando a la organización y ejecución de las labores comunitarias, como es la faena, mantenimiento de la red de agua potable, y demás trabajos comunitarios, otras labores fundamentales, haber ejercido el cargo de fiscal en la iglesia, o cualquier otro cargo que esté a disposición o al servicio de la comunidad. (comunicación personal, marzo, 2022)

Algunas localidades dentro del municipio de Huehuetla poseen tierras ejidales. Las comunidades que tienen estas tierras también toman mucho en cuenta a sus líderes para proponerlos como autoridades comunitarias. Es importante señalar que antes de los años noventa la persona que ocupaba algún cargo en la localidad no recibía una remuneración; el cargo era honorífico, un servicio a la comunidad.

En las elecciones de las autoridades comunitarias de los pueblos originarios se acostumbraba a designarlas mediante la normativa interna de la comunidad; esto es, al momento de seleccionar a las personas que participaban, por regla general tenían que ser ciudadanos. Los asistentes podían ejercer su voto de diferentes formas, ya sea por mano alzada, por pizarrón, por aclamación, o por pelotón, entre otras (M. Esteban, comunicación personal, 10 de marzo de 2022).

Como lo manifiestan la absoluta mayoría de los colaboradores, a principio de los años 2000 fue cambiando este panorama por la intromisión del municipio, que imponía a la persona que iba a ejercer el cargo en la comunidad. Esta práctica ha estado vigente desde hace aproximadamente 20 años pues, para ejercer el cargo comunitario, el municipio empezó a remunerar. De esta manera el ayuntamiento subordina a la autoridad local frente a las municipales.

De igual forma, se debe mencionar que, como parte de estos cambios inducidos por autoridades municipales en la elección de autoridades comunitarias, en los últimos ejercicios se ha impuesto la participación de la mujer como autoridad por cuestiones de género, como por ejemplo en la localidad de Lipuntahuaca, donde la autoridad comunitaria es una mujer.

En las cinco comunidades recorridas para realizar esta investigación el testimonio manifestado por la totalidad de los colaboradores permite afirmar que desde la organización de elecciones municipales hasta la práctica de los cargos tradicionales ha habido cambios parciales, ya que las localidades han permitido de forma tácita la imposición del municipio por temor a no ser beneficiadas con los programas sociales, como ocurrió en algunos casos, como el de la localidad de Xonalpu, como menciona el ciudadano Antonio Gómez Santiago, respecto al trienio 2013-2015, cuando la comunidad no permitió la imposición del municipio en el nombramiento de su autoridad comunitaria. En ese trienio no fueron beneficiados con ninguna obra y así mismo se restringió el acceso a los programas sociales. Después de esta experiencia prefirieron no tomar un papel activo en la elección de la autoridad comunitaria y decidieron no participar en la asamblea para nombrar a esa autoridad cuando fueran convocados. Esta decisión fue tomada de manera informal, comunicándose de boca en boca su inconformidad (comunicación personal, marzo 2022). La comunidad demuestra esta inconformidad no asistiendo a la asamblea general cuando se va a legitimar a la persona impuesta.

En otros casos, cuando se les preguntó acerca de la costumbre para elegir a su autoridad comunitaria, mencionaron con nostalgia que, hace 30 años aproximadamente, la autoridad era escogida a través de una asamblea general comunitaria, a la que asistía toda la ciudadanía para elegir a mano alzada a la persona correspondiente. No obstante, la persona que se proponía debía reunir ciertos requisitos, como haber ocupado otros cargos, incluidos los de topil, mayordomo, fiscal y vocero, entre otros menores, así como haber cumplido con sus deberes en la faena comunitaria, ser una persona honorable que se conducía con rectitud en la comunidad y gozaba de una conducta intachable.

Asimismo, todos los testimonios de los colaboradores que han participado en esta investigación evidencian la intromisión del sistema partidista en la organización política de las comunidades totonacas del municipio de Huehuetla, porque la persona impuesta por el municipio como autoridad comunitaria es precisamente la persona que apoyó al presidente municipal de turno en la elección correspondiente y fue propuesta por un partido. En consecuencia, la persona nombrada e impuesta como autoridad comunitaria es la que milita en ese partido que llevó al triunfo al presidente municipal de turno, rompiendo la costumbre del pueblo en la elección de su autoridad local.

Esto afecta a la normatividad interna del pueblo totonaca en la elección de sus autoridades comunitarias: en primer lugar, la intromisión del Municipio en el proceso; y en segundo lugar, el aumento en la participación, pues el Municipio empezó a remunerar a las autoridades comunitarias para ejercer el cargo. Esto ocasionó que, en lugar de elegir a un líder que hubiera trabajado por la comunidad, se escogiera a personas que no habían ejercido un cargo en el lugar con anterioridad.

A partir de esta intromisión municipal en la vida política de las localidades que integran el municipio de Huehuetla, como menciona el señor José Juárez Márquez (de 45 años, originario de Xonalpu, totonaco y con estudios de bachiller), la autoridad del periodo 2018-2021 fue una persona impuesta por el ayuntamiento y solo se convocó a asamblea para legitimar su nombramiento. Por tal motivo, la ciudadanía no asiste a la asamblea, la que es presidida solo por una minoría. Esta inasistencia demuestra su inconformidad. Se procede de esa forma, aunque se justifique que hubo asamblea y que se realizó la elección de las autoridades.

Otra práctica que en la actualidad se ha vuelto habitual en las comunidades de Huehuetla es que el candidato a la presidencia municipal en campaña invita personalmente a una persona de la comunidad para que realice proselitismo político en su favor, con la promesa de que será la próxima autoridad comunitaria. A cambio, esta persona tiene que trabajar para enlistar votos a favor del candidato que representa. En el momento en que llegase a ganar el candidato que invitó a colaborar en su campaña, automáticamente las personas de la comunidad que realizaron proselitismo en favor del candidato triunfador son las que pasan a ser autoridades comunitarias y ocupan el cargo de acuerdo con el lugar correspondiente: presidente de la junta auxiliar, juez de paz e inspector. Incluso, como ha llegado a ocurrir en la localidad de Xonalpu según el señor Marcos de Gaona, al momento de elegir a la autoridad comunitaria, la asamblea procede casi a puerta cerrada y con una cantidad mínima de asistentes.

3. Manipulación del sufragio ciudadano en la elección de sus autoridades municipales a través de los programas sociales

Tal y como menciona Abel Portillo Becerril, exautoridad de la localidad de Chilocoyo del Carmen, elegido Juez de Paz en asamblea general comunitaria, fue propuesto por la ciudadanía y tuvo el apoyo de la comunidad en las labores comunitarias como las faenas, pero al haber sido elegido por la comunidad, el

ayuntamiento no le otorgó obras en su periodo, ni beneficios sociales (comunicación personal, marzo de 2022). Relata asimismo que la autoridad actual, que fue impuesta por el ayuntamiento, no da la faena y al haber sido nombrada por el presidente municipal, este es quien tiene que apoyarla para solventar los problemas de la comunidad.

Otro dato que menciona este colaborador es que la ciudadanía es inducida a dar su voto a la persona propuesta para ocupar un cargo público. La forma de convencerla es eligiéndola beneficiaria de un programa social, como el de apoyo alimentario, u otorgándole una dispensa, vivienda digna, y hasta apoyo monetario, entre otros recursos. De esta manera se induce a la ciudadanía para que otorgue su voto a una persona convenida.

La absoluta mayoría de los colaboradores de la presente investigación coincidieron en manifestar la vulneración de los derechos del pueblo totonaca, específicamente, los derechos políticos al interior de sus localidades, ya que el día en que se efectúan las elecciones para elegir a las autoridades locales de las comunidades, las personas que apoyaron al presidente municipal electo son nombradas para ocupar el cargo. No en vano se da la participación de la ciudadanía de la comunidad, ya que son las primeras beneficiadas con los programas sociales por el presidente municipal de turno. Ante esto, la ciudadanía considera que, apoyando a la persona propuesta por el Presidente Municipal electo, podrá salir beneficiada con programas sociales como “Becas Benito Juárez”, “Jóvenes construyendo el futuro”, “Pensión a adultos mayores”, “Vivienda digna” y apoyos al campo, así como con los programas emergentes por desastres naturales.

Otro punto importante que menciona el ciudadano Antonio Gómez Santiago (36 años, totonaco originario de Xonalpu) es que la persona que propone el presidente municipal como autoridad comunitaria agiliza la comunicación entre la comunidad y el municipio ante cualquier acto o incidente que pueda pasar dentro de la población; en algunos casos urgentes se tramita a través del juez de paz. El mismo colaborador manifiesta que la ciudadanía cree que es un mal necesario para no perder la oportunidad de ser beneficiada con algún programa gubernamental, o recibir apoyo cuando tenga una necesidad personal urgente, como trasladar a un enfermo al Hospital de Ixtepec o a la capital del estado, u obtener un féretro cuando fallece un familiar, al igual que con la compra de medicamentos. Por estas razones se acepta tácitamente en algunas comunidades esta imposición.

Como lo demuestran las afirmaciones de los colaboradores en esta investigación, los programas sociales han sido un medio para inducir el ejercicio de la democracia en una elección municipal, estatal o nacional, manipulando a la ciudadanía con la promesa de que será beneficiada con los programas sociales del Estado.

Al respecto, el señor Mateo Juárez García (26 años, originario de Xonalpu) menciona que desde hace seis años su pueblo no ha sido beneficiado con ningún programa, porque la autoridad comunitaria fue elegida por la comunidad en una asamblea y no dio paso a la propuesta del ayuntamiento. En lo que respecta a los

programas sociales de carácter estatal, desde que llega alguna convocatoria para otorgar beneficios, el municipio limita su difusión para que diversos sectores de la población no puedan acceder al estímulo. Un ejemplo claro de esto fue expuesto por los pobladores entrevistados al momento de recabar información para la presente indagación: se trata de la catástrofe natural acaecida en el mes de agosto del año 2021, cuando muchas comunidades del municipio de Huehuetla salieron afectadas ante el paso del huracán Grace, que dejó devastadas infraestructuras de sus viviendas, carreteras, puentes y ocasionó la destrucción de los cultivos. Frente a este desastre natural que azotó el municipio, muchos ciudadanos afectados no fueron beneficiados con ayudas en tanto que otros lo fueron sin haber sufrido daño alguno o daños menores. Se generó una división muy grande dentro de las comunidades por esta mala distribución, al haber personas que recibieron apoyo económico para la reconstrucción de sus viviendas sin haber tenido desperfectos.

4. Impacto de los programas sociales en la normatividad interna del pueblo totonaca

En el pueblo totonaco del municipio de Huehuetla, debido a las estrategias políticas vinculadas a los programas sociales ofrecidos a las comunidades, se están debilitando los sistemas normativos internos. No obstante, pese a los mecanismos homogeneizadores implementados por el Estado, los pueblos originarios siguen en lucha de resistencia, implementando algunas costumbres propias al interior de la comunidad, ya que para ellos son las normas que les posibilitan tener una convivencia armoniosa, como el apoyo colectivo del pueblo cuando fallece una persona dentro de la comunidad.

En algunas localidades aún se hacen faenas como el trabajo colectivo para realizar una obra que beneficia a todos, la administración de justicia en casos menores, y la participación voluntaria en los cargos necesarios dentro de la localidad sin intervención del municipio, como el chapeo de caminos y el mantenimiento de los centros educativos, entre otras actividades.

Esta investigación participativa que se realizó en el municipio de Huehuetla permitió evidenciar otras problemáticas. Una de ellas es precisamente el ejercicio de la democracia del pueblo totonaca hacia el interior y el exterior del pueblo. En el primer caso, al no sentir como suya la autoridad comunitaria designado por el Municipio, hacen caso omiso cuando los vecinos son convocados por ella a realizar una labor comunitaria o a una asamblea. Como menciona José Juárez Márquez, si el municipio lo nombró, entonces debe apoyarlo. Por esta razón la mayoría de la ciudadanía ya no presta faena cuando convoca la autoridad, solo cuando lo solicita la sociedad de padres de familia o los mayordomos o fiscales (comunicación personal, marzo de 2022).

Hacia el exterior del pueblo es precisamente donde entran en función los programas sociales, ya que estos son los instrumentos que se utilizan para ganar adeptos, alinear a la ciudadanía o asegurar votos para la elección electoral correspondiente. Como se ilustra en las localidades susodichas, se puede apreciar

que la práctica política externa a la comunidad estatal ha influido notoriamente en el sistema normativo interno de la población originaria con relación a su organización política.

La absoluta mayoría de los colaboradores están en total desacuerdo con la forma en que les es impuesta su autoridad comunitaria, ya que se pierde el valor más importante para estos pueblos originarios, a saber, la facultad de elegir a sus propias autoridades comunitarias a través de sus normas internas, es decir, en asamblea general y a mano alzada. En estas localidades se comprueba que sus normas internas pueden ser preservadas hoy en día, ya que en comunidades como Xonalpu, Chilococho Guadalupe y Lipuntahuaca se ha incluido en años recientes a la mujer en los diferentes cargos locales, logro que a finales de los años noventa todavía no se alcanzaba a ver. La ciudadanía de estos pueblos reconoce la existencia de las normas internas que regulan su organización social, que protegen sus formas propias para autogobernarse, pese a desconocer el derecho que tienen para ejercer su autonomía y libre determinación.

CONCLUSIONES

Los pueblos originarios del municipio de Huehuetla tienen muy presente el sistema normativo propio de cada lugar. Concretamente, este municipio pertenece a la región del Totonacapan, por lo que es considerado una de las principales entidades locales en las que un alto porcentaje de población totonaca es hablante de la lengua materna.

De la información obtenida se constata cómo en este pueblo se violentan sus derechos y garantías constitucionales y se vulnera así el estado de derecho, ya que los programas sociales tienen carácter de obligatoriedad para el Estado, con la finalidad de impulsar la equidad e igualdad de los pueblos históricamente marginados. Por lo tanto, la manipulación de la ciudadanía a través de los programas sociales impacta negativamente en la vida interna de las comunidades dentro de la jurisdicción municipal mencionada, porque se ven obligados a prescindir de sus normas internas en relación con su organización social para vincularse positivamente con sus autoridades municipales y poder ser beneficiados, lo que causa división interna dentro de las comunidades.

Los sistemas normativos internos del municipio de Huehuetla, o lo que la mayoría conoce como usos y costumbres, conforman uno de los principios rectores que han tenido los pueblos totonacos para la organización dentro de la comunidad. Sin embargo, la nueva realidad que se vive en ellos se ha ido reconfigurando conforme pasa el tiempo y ha provocado que estas poblaciones originarias tengan ante sí un reto muy grande que enfrentar para que se puedan aplicar nuevamente y de manera plena las prácticas internas de la comunidad.

La práctica seguida por los representantes del Estado en el marco de los programas sociales ha sido en muchas ocasiones un mecanismo de manipulación a la ciudadanía. Cuando sucede esto, la población se siente subordinada frente a los representantes

estatales de los diferentes niveles de gobierno en México, ya que si la ciudadanía se opone a ciertas reglas que se imponen en la comunidad, los pobladores del lugar se quedan desamparados y descuidados por las instituciones municipales.

Si bien es cierto que en la legislación mexicana se encuentran consagrados los derechos de los pueblos originarios y su autonomía, en la realidad se deduce que persiste el reto de tomarlos en cuenta en los distintos ámbitos a fin de garantizarlos como parte de la justicia social.

Con fundamento en lo manifestado por la ciudadanía y en las leyes existentes en el Estado mexicano, sobre todo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la cual se infiere que el pueblo totonaco es autónomo y libre de tomar sus determinaciones a través de sus normas internas, con derecho a elegir sus propias autoridades a través de sus normas internas, se puede concluir que el ayuntamiento en la actualidad está violentando este derecho.

A pesar de las violaciones de sus derechos políticos en el ejercicio de la democracia, la ciudadanía se resiste a perder sus normas internas en la organización social, violentada por un sistema partidista que utiliza los programas sociales como mecanismo para obtener adeptos que voten a su favor en tiempos electorales. Así, el municipio de Huehuetla es un municipio que se encuentra secuestrado con esos programas sociales controlados por el grupo de poder. Está claro con qué facilidad los servidores públicos violentan las leyes locales y nada sucede porque el reclamar un derecho tiene un precio económico y sin este recurso es difícil hacer valer un derecho.

Por lo dicho se concluye a través de esta investigación que en la actualidad el individualismo es un rasgo presente en el derecho positivo, a diferencia del derecho consuetudinario que está subordinado a los intereses colectivos de la comunidad. En este sentido, cabe destacar que la mayoría de la población totonaca quiere conservar las normas comunitarias para organizarse a través de la voz de la asamblea, emanada del conjunto de la ciudadanía local.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arias, D. y Herrera, H. (2012). *Entre políticas gubernamentales y políticas públicas. Análisis del ciclo de las políticas de desarrollo del gobierno del Estado de Michoacán, México, 2003-2010*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4523/5.pdf>
- Barajas, G. (2019). Una reflexión sobre la Ley General de Desarrollo Social. En R. Álvarez Arredondo (coord.), *La reforma del Estado en blanco y negro* (pp. 519-533). Grupo Parlamentario del PRD; Cámara de Diputados; Congreso de la Unión LX Legislatura.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. (2022). *Informe anual sobre la situación de pobreza y rezago social 2022. Huehuetla, Puebla*. Coneval. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/698177/21_072_PUE_Huehuetla.pdf

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 5 de febrero de 1917 (México). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla. 2 de octubre de 1917 (México). <https://ojp.puebla.gob.mx/legislaciondelestado?catid=9>
- Ley de Derechos, Cultura y Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Puebla. 25 de enero de 2011. https://ojp.puebla.gob.mx/media/k2/attachments/Ley_de_Derechos_Cultura_y_Development_de_los_Pueblos_y_Comunidades_Ind%C3%ADgenas_del_Estado_de_Puebla_T2_8112021.pdf
- Ley de Desarrollo Social para el Estado de Puebla. 18 de diciembre de 2006. https://ojp.puebla.gob.mx/media/k2/attachments/Ley_de_Development_Social_para_el_Estado_de_Puebla_T3_24082022.pdf
- Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal. (2021). Municipio de Huehuetla, Puebla. *Enciclopedia de los municipios y Delegaciones de México*. INAFED. <http://www.inafed.gob.mx/work/enciclopedia/EMM21puebla/municipios/21072a.html>
- Maldonado, K. y Terven, A. (2008). *Los Juzgados indígenas de Cuetzalan y Huehuetla: vigencia y reproducción de los sistemas normativos de los pueblos de la Sierra Norte de Puebla*. CDI; CIESAS; CONACYT. https://www.inpi.gob.mx/2021/dmdocuments/juzgados_indigenas_cuetzalan_huehuetla..pdf
- Martínez, J. (2006). Los límites del reconocimiento de sistemas normativos y jurisdicción de los pueblos indígenas de Oaxaca. *Alteridades*, 16 (31), 49-59.
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. (2014). *Sistemas normativos indígenas en las sentencias del TEPJF*. TEPJF. https://www.te.gob.mx/defensoria/media/pdf/sistemas_normativos_indigenas.pdf

DERECHO COMERCIAL O MERCANTIL: DUCTILIDAD EN LAS FRONTERAS COLOMBO VENEZOLANA

Raysa Chirino García
Universidad Privada Dr. Rafael Bellosó Chacín, Venezuela
rchirino@urbe.edu.ve
<https://orcid.org/0000-0002-0336-2870>

Sidart Antonio Rodríguez
Universidad Privada Dr. Rafael Bellosó Chacín, Venezuela
sidartarji@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-8865-3852>

Adolfina Amaya
Universidad Privada Dr. Rafael Bellosó Chacín, Venezuela
aamaya1@urbe.edu.ve
<https://orcid.org/0000-0001-6653-2032>

Adriana Manjarrés Mejías
Universidad Privada Dr. Rafael Bellosó Chacín, Venezuela
gestora.social.fonseca@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-3781-007X>

Fecha de recepción: 15 de agosto de 2022
Fecha de aceptación: 13 de octubre de 2022
Fecha de publicación: 15 de diciembre de 2022

Resumen

El propósito principal del estudio fue, analizar el Derecho Comercial o Mercantil a la luz de la flexibilización del ordenamiento jurídico en los contextos colombo-venezolano, para permitir la armonización en las relaciones empresariales y propender a la cooperación, así como al crecimiento industrial en el mercado globalizado. Para el abordaje temático se utilizó el paradigma postpositivista con enfoque cualitativo, tipo interpretativo; además como diseño de la investigación se empleó el modelo bibliográfico aplicando para el análisis la hermenéutica. Para la recopilación de los datos e información se usó la observación documental, además para la sustentación teórica se valió de los aportes de Espinosa (2012), Pérez y Merino (2008), Kelsen (1982), Código de Comercio Colombiano (1971), Hernández-Breton (1965), entre otros. Se obtuvo como resultado que ambas legislaciones están alineadas al régimen jurídico vigente empresarial, pues son concordantes con el derecho comercial ya que tienen una base otorgada desde la carta magna, considerando la constitucionalización del derecho privado como

derecho fundamental pues incluyen las libertades económicas tanto en Colombia como en Venezuela. Por otra parte, se sugirió aprovechar esa ventaja jurídica para la reactivación económica, eliminando las barreras políticas, diplomáticas, entre otras, que afectan las transacciones mercantiles de ambos países para convertirlas en la vitrina comercial colombo-venezolana.

Palabras clave: Derecho comercial, régimen jurídico, cooperación, crecimiento industrial, reactivación económica

COMMERCIAL OR MERCANTILE LAW: DUCTILITY ON THE COLOMBIAN-VENEZUELAN BORDER

Abstract

The main purpose of the study was to analyze the Commercial or Mercantile Law in view of the flexibilization of the legal system in the Colombian-Venezuelan context, in order to allow harmonization in business relations and promote cooperation, as well as industrial growth in the globalized market. For the thematic approach we used the post-positivist paradigm with an interpretative qualitative approach; the bibliographic model was also used as the research design, applying hermeneutics for the analysis. Documentary observation was used to collect data and information; in addition, for the theoretical support, the contributions of Espinosa (2012), Pérez and Merino (2008), Kelsen (1982), Colombian Commercial Code (1971), Hernández-Breton (1965), among others, were used. As a result, both legislations were found to be aligned with the current corporate legal regime. Both are consistent with commercial law since they have a basis granted from the constitution, considering the constitutionalization of private law as a fundamental right since they include economic freedoms in both Colombia and Venezuela. On the other hand, it was suggested to take advantage of this legal advantage for economic reactivation, eliminating political and diplomatic barriers, among others, which affect the commercial transactions of both countries in order to turn them into the Colombian-Venezuelan commercial showcase.

Key words: Commercial law, legal regime, cooperation, industrial growth, economic recovery

INTRODUCCIÓN

Esta contribución tiene como finalidad efectuar un análisis comparado del derecho comercial o mercantil entre Colombia y Venezuela. El mismo se sustenta en la exégesis y hermenéutica considerando que la ductilidad o flexibilización del contenido de la legislación comercial coadyuva a una avenencia en las relaciones empresariales con miras a propiciar el crecimiento, cooperación e integración industrial, en un contexto competitivo.

Primeramente, es importante ofrecer un resumen sucinto de la evolución del

derecho comercial o mercantil. Como rama del derecho privado, este surgió desde la segunda mitad del siglo XIX, consolidando el sistema económico capitalista en masa. Se pueden identificar dos épocas distintas: La primera se desarrolla desde la revolución francesa hasta la primera guerra mundial, consagrándose en una especie de liberalismo radical, pues la producción económica, el mercado y la propiedad de los medios de producción estaban a cargo íntegramente del capital privado. Posteriormente aparece un período de intervencionismo de estado en materia económica estimulado por causas tales como abusos cometidos por el capitalismo financiero e industrial de la época.

En este contexto, el derecho mercantil es una rama del derecho privado que contempla normas jurídicas aplicables a los comerciantes en el ejercicio de su actividad y que conducen los actos de comercio realizados por cualquier persona (Espinosa, 2012). Este derecho dispensa una congerie de reglas claras, así como normativas que permiten regular todos los actos de comercio para que sean realizados bajo principios de justicia y equidad económica. Con ello, el derecho comercial o mercantil está presente en la vida cotidiana de la sociedad, por ejemplo, al efectuar operaciones bancarias, al realizar compra o venta de bienes o servicios, en el arrendamiento, en los préstamos, entre otros.

Con base en lo anterior, durante muchos años se han mantenido relaciones de diferentes índoles entre Colombia y Venezuela, destacándose la comercial. Estas relaciones se encuentran enmarcadas en textos legiferantes, pues esa normativa se erige sobre la base de la jerarquía de la norma, tal como lo contempla Kelsen (1982), quien establece una prelación imprescindible dentro del ordenamiento jurídico, a más de la tipificación de disposiciones que permitan regular las relaciones: código de comercio, costumbre mercatoria o mercantil, cámaras de comercio, entre otras. Estas dan lugar a una extensión dentro de la coexistencia de relaciones jurídico-patrimoniales de los comerciantes, los bienes y la empresa.

Para analizar comparativamente el derecho comercial o mercantil a la luz de la ductilidad del ordenamiento jurídico en los contextos colombo-venezolano, los autores auscultaron los postulados teóricos para lograr una visión compleja con pensamiento crítico y reflexivo. Asimismo, desde un enfoque cualitativo, los autores abordan la problemática para identificar la categoría y las propiedades de las subcategorías. En este trabajo se argumenta lo inherente al derecho comercial o mercantil, sus características, así como las fuentes y actos, además de los aspectos relevantes de las operaciones de comercio para esbozar lo relativo al comerciante y sus obligaciones. Del mismo modo, se considera la empresa como ente económico para, finalmente, tener en cuenta las cámaras de comercio y los bienes mercantiles, en el contexto de la ductilidad de las fronteras entre Colombia y Venezuela.

METODOLOGÍA

Se realizó un estudio con enfoque epistémico pospositivista, donde se analiza el problema del derecho comercial o mercantil en las fronteras colombo-venezolanas desde la ductilidad que existe entre ambas naciones en materia comercial, con

perspectiva crítica y reflexiva. Adicionalmente, se asume el paradigma cualitativo, dentro de un estudio de tipo interpretativo; se consideró como diseño de la investigación el modelo bibliográfico y como técnica de recopilación de los datos e información la observación documental. En este sentido, se puede advertir que:

un diseño de investigación que aliado con los caminos idóneos para recolectar información confiable y analizarla e interpretarla, nos pongan en condiciones de decir hemos hallado algo nuevo, sabemos más, hemos mejorado la comprensión de un tema e incluso hemos encontrado la solución que todos buscaban. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p.32).

Finalmente, en el análisis de la información se empleó el método hermenéutico para la interpretación de contenidos, lo cual permitió llegar a conclusiones e invocar lineamientos pertinentes como aporte de la investigación al servicio de la comunidad científica.

1. Derecho comercial o mercantil

Al momento de invocar la conceptualización *stricto sensu* del Derecho Comercial o Mercantil, se perfilan un conjunto de normas jurídicas aplicables a los comerciantes en el ejercicio de su actividad profesional, que rigen también, aunque más excepcionalmente, la actividad comercial, es decir, los actos de comercio realizados por cualquier persona (Espinosa, 2012). Dentro de otra perspectiva, es un derecho propio e independiente, con principios fijos derivados del derecho natural (Vivante y Constans, 2005). En otro orden, el derecho mercantil, también conocido como derecho comercial, es aquel dedicado a regular las relaciones entre las personas, los contratos y las acciones de comercio; de ahí que forma parte del derecho privado e incluye todas las normas relacionadas con los comerciantes (Pérez y Merino, 2008).

Volviendo la mirada hacia las conceptualizaciones anteriores, se evidencia una concordancia en los postulados de los autores citados anteriormente, al inferir que es una rama del derecho que contempla normas y lineamientos que permiten regular las relaciones entre los particulares, devenidas de los actos producto del comercio o industria. El derecho mercantil ejerce la reglamentación sobre la práctica de las actividades comerciales.

Sobre la base de las ideas mencionadas, los autores de esta investigación se alinean con la conceptualización aportada por Espinosa (2012), ya que concede mayor amplitud al considerar las actividades del comerciante como el ejercicio de su profesión, cuando los actos de comercio pueden ser detentados por cualquier persona. Por estas razones, la conceptualización señalada, en el marco de la ductilidad de las fronteras en la legislación comercial y empresarial, tiene aplicabilidad tanto para Colombia como para Venezuela.

2. *Diferencias entre el derecho comercial o mercantil entre Colombia y Venezuela*

En la mayoría de los contextos legislativos se consideran los intercambios y los actos efectuados por las personas como aquellos sujetos al derecho comercial o mercantil, razón por la cual en cada país existen cualidades que los identifican y marcan diferencias entre ellos. A propósito, existen dos sistemas, el objetivo y el subjetivo: el sistema objetivo contempla incluso operaciones comerciales que no siempre son realizadas por sujetos que tienen la cualidad de comerciantes; el sistema subjetivo está concebido sobre la base del ejercicio de la actividad económica regulada por un ordenamiento jurídico, así como en sus relaciones contractuales, las cuales se pueden mantener entre empresarios como también entre estos y terceros. En el derecho comercial coexisten los sistemas fundamentales, subjetivo, objetivo y mixto, los cuales se caracterizan atendiendo a la jerarquización siguiente:

- El **sistema subjetivo** parte de la idea de que el derecho comercial o mercantil es el derecho de los comerciantes.
- El **sistema objetivo** parte del supuesto de que el derecho comercial es el derecho de los actos de comercio, por cuanto es la ley la que califica cuáles actividades son comerciales, independientemente de las personas que las realicen.
- El **sistema mixto** se basa en la combinación de las nociones de comerciante y de acto de comercio; tiene en cuenta la participación del comerciante en el ejercicio del comercio, pero admite al mismo tiempo que ciertos actos son comerciales, aunque sean efectuados por sujetos no comerciantes. (Bercovitz y Cano, 2020).

Desde otra perspectiva, según la Enciclopedia Jurídica (2020), la legislación comercial o mercantil se considera del modo siguiente:

- Es un derecho profesional, vale decir, atañe al oficio específico de un sector profesional (comercial y empresarial).
- Es individualista, pues no suele considerar las transacciones en que intervienen los poderes públicos, sino que se centra en el derecho privado.
- Es progresivo, ya que se actualiza conforme cambian las condiciones del ejercicio comercial.
- Es global o internacionalizado, dado que supera las fronteras nacionales y además reglamenta las transacciones comerciales internacionales entre particulares o empresas transnacionales.

Una vez expuestas estas aportaciones, los autores de esta investigación intuyen confrontaciones entre el derecho comercial colombiano y el venezolano. A partir del análisis exegético, Venezuela se ubica en el sistema mixto, pero pone mayor énfasis en la teoría objetiva. Para una mejor ilustración, en la siguiente tabla se muestran las similitudes y contrastes entre los países sujetos a estudio.

Tabla 1
Características Comparativas del Derecho Comercial.

COLOMBIA	VENEZUELA
Derecho profesional: creado y desarrollado para regular la actividad propia de los comerciantes o quienes hacen del comercio su profesión y empresarios.	Derecho profesional: Establecido para reglamentar las funciones propias de los comerciantes o quienes lo ejerzan como profesión.
Derecho especial: como norma especial implica para efectos comerciales una serie de instrucciones que se aplican a los sujetos que participan en esas relaciones especiales que se constituyen como actos de comercio o propios de la actividad empresarial.	Universalidad: el derecho mercantil tiene como característica ser universal, por cuanto el tráfico comercial es un fenómeno universal; es decir que el derecho mercantil es de carácter permanente y simultáneo y ocurre en todas partes del mundo.
Internacionalización: las relaciones económicas cada vez son más internacionales; por ello el derecho ha tenido que serlo también. En este sentido, diversos organismos trabajan para la normalización internacional, de manera que se desarrollan cláusulas con carácter internacional que se aplican a las transacciones internacionales.	Seguridad: el carácter de la seguridad constituye un sistema jurídicamente seguro, mediante el cual las partes contratantes encuentran la suficiente protección legal de sus intereses
Derecho consuetudinario: Toda vez que la ley no puede surgir con la perentoriedad que reclama la actividad comercial, el sentido práctico del comerciante suple el silencio de la ley y da paso de esa manera al nacimiento de una nueva norma que cubrirá en su oportunidad la laguna de la ley, es decir que este derecho se basa en la costumbre.	Crédito: dentro del comercio es sinónimo de confianza y surge mediante la solvencia moral y económica del comerciante.
Penetración del derecho público: Dado el crecimiento del derecho comercial, se otorga publicidad y el estado tiene interés en regular los negocios y operaciones.	Equidad: consiste en un comportamiento equitativo, justo, que dignifique el comercio, evitando transitar por los peligrosos caminos del denominado mercado negro.
Mercantilización del derecho privado: Enfatiza que las normas mercantiles han ido desplazando las civiles; por ejemplo, a propósito de las tasas de interés, las personas que no son comerciantes tienen la precaución de incluir en sus contratos una cláusula que las pacte; es decir, a través de la fuente "ley de las partes", se mueven hacia un contrato específico, pero de carácter civil.	

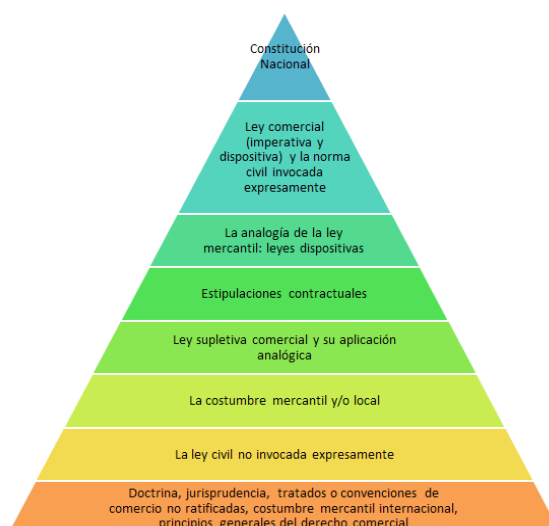
Fuente: Adaptación Bercovitz & Cano (2020).

En la tabla anterior se revelan las confrontaciones entre ambas legislaciones. Los autores de este estudio consideran que, en efecto, ciertamente se visualizan divergencias. Por otro lado, su adopción, en los países sujetos a examen, tiene su fundamento en el derecho general y común, pues cada nación admite las normas que se ajustan al ordenamiento jurídico marcado por la *norma de normas*, la constitución nacional, en contraste con el entorno empresarial o comercial que coadyuva al crecimiento económico del país.

3. Fuentes del derecho comercial o mercantil

En este punto resulta conveniente inferir sobre la palabra ‘fuente’, la cual, de manera coloquial, se refiere al lugar de donde emana o brota algo. En este sentido, en el lenguaje jurídico tiene la connotación referente a aquella que procura el nacimiento de normas; sin embargo, estas no son exclusivas del derecho mercantil (Calvo, 2009). Dentro de otro contexto, ‘fuente’ es utilizada para relatar tres sentidos fundamentales: formal, material e histórico (Guerrero, 2022). En este sentido se tiene que, de acuerdo con la Enciclopedia Jurídica (2020), las fuentes del derecho son todo aquello que se origina en su aspecto objetivo de norma o regla obligatoria de conducta y constituye, por lo tanto, el modo o forma especial cómo se desarrolla y desenvuelve esa rama del derecho, tal como se ilustra a continuación en la pirámide de Kelsen.

Figura 1.
Jerarquía de la norma jurídica.



Fuente: Adaptación Kelsen (1982).

Desde otra perspectiva, se puede observar que existen fuentes formales y no formales. Las primeras son vinculantes y muy utilizadas por los operadores jurídicos; las segundas contribuyen a la aplicación de las fuentes formales, así como a su interpretación, en calidad de criterios auxiliares (Bonilla, 2021). Es preciso resaltar que, en el caso de Colombia, el derecho comercial:

Nace como un derecho de clase a nivel mundial, pues responde a un proceso antiformalista, dado que las normas aplicables a la actividad mercantil no provienen del legislador tradicional, sino de la experiencia y costumbres que se gestan en las dinámicas del mercado (Pinzón, 1985, p. 23, citado en Perilla 2015, p. 8).

Aunado a la anterior, se encuentran como fuentes las siguientes: la Constitución Política, la Ley Comercial imperativa, entendida como tal no solo la contenida dentro Código de Comercio, sino en un sentido más amplio la Ley Mercantil, la cual podría converger por fuera del referido código en normas especiales, como la Ley

de Competencia Desleal, la Ley del Consumidor, autonomía de la voluntad privada, analogía de sus normas, la costumbre mercantil, la costumbre internacional, la costumbre extranjera y los principios generales del derecho mercantil, normas supletivas, los tratados internacionales de comercio no ratificados por Colombia, entre otras.

De igual forma, también se advierten como fuentes en el derecho mercantil, tal como lo señala la Revista Derecho Venezolano (2012), la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, el Código de Comercio, leyes especiales en materia mercantil, la costumbre mercantil, el Código Civil, la analogía, entre otros. En este sentido, con base a lo planteado anteriormente, resulta pertinente ilustrar en forma comparativa, las diversas fuentes del derecho comercial o mercantil para la legislación en Colombia y Venezuela.

Tabla 2
Análisis comparativo de las fuentes del derecho comercial o mercantil.

FUENTES		
	PRINCIPALES O FORMALES	AUXILIARES O INFORMALES
COLOMBIA	Constitución Política de Colombia.	La equidad.
	(el bloque de constitucionalidad y la doctrina constitucional).	La jurisprudencia.
	Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso. Leyes o decretos.	Los principios generales del derecho.
	Actos administrativos (simples y clásicos).	La doctrina
	(Las ordenanzas departamentales, los acuerdos distritales y municipales, entre otros).	
VENEZUELA	Ley.	
	Jurisprudencia.	Doctrina jurídica
	Leyes especiales en materia mercantil	La Costumbre Mercantil (el sentido que se le otorga a la palabra “costumbre” desde la perspectiva mercantil).
	Código de comercio.	
	Principios generales del derecho.	
	Analogía.	
	Código Civil.	

Fuente: Adaptación Bercovitz & Cano (2020).

Para abordar de mejor forma las fuentes del Derecho Comercial Colombiano, en este compendio de normas jurídicas principales, en la figura 2 se ilustra el orden de prelación:

Figura 2
Jerarquía de la fuente



Fuente: Adaptado de Perilla (2015).

En resumen, existen diferencias entre las fuentes formales y materiales en la legislación mercantil venezolana. Las primeras provienen de las leyes establecidas por un país se refieren a la forma como se manifiestan las normas jurídicas; las segundas aluden a los usos y costumbres, denotan el poder social que se ejerce para crear normas que avala el funcionamiento de un Estado.

Según las acepciones anteriores, se puede inferir que existe concomitancia entre los postulados citados. Por tal razón, se alinean con la posición de Espinoza (2012), ya que su conceptualización concreta el criterio formal de fuente de derecho comercial o mercantil, pues la considera como los medios mediante los cuales se disponen las reglas que regulan las relaciones originarias de los actos tipificados como mercantiles, así como aquellas efectuadas por quienes hacen del comercio su profesión.

Del contenido del derecho comercial o mercantil previamente esbozado, se puede sistematizar una congerie de normas cuya jerarquización y conductas son de obligatorio cumplimiento puesto que constituyen además el orden de prelación, tal como se enuncia en los próximos párrafos.

- La ley, cuya aplicación tiene carácter preferente, es el conjunto de principios normativos de derecho positivo que disciplinan la materia comercial, de manera que, en el caso de ausencia de una norma específica y siendo imposible la aplicabilidad de la analogía por disposición del propio derecho para perfilar el vacío legal, se regirá supletoriamente por el derecho común, que en este caso sería el derecho civil. Ahora bien, resulta perentorio aclarar que, según la más amplia doctrina, existe una jerarquía de la norma y así se tiene que las normas son de carácter:

Imperativo, impuestas a la autoridad de la voluntad, como por ejemplo las que regulan los deberes específicos de los empresarios mercantiles;

Dispositivo, de carácter reglamentario, se dan por vía principal cuando son en cuestiones ajenas a la voluntad.

Supletorio, encaminadas a sustituir la voluntad de los contratantes, como por ejemplo las que indican el número de asociados que pueden acceder o tener participación de las utilidades, si los estatutos guardan silencio sobre ello.

- La analogía es en todos los casos jurídicos un procedimiento lógico de interpretación por similitudes que se basa en el carácter general y abstracto de toda norma legal, en este caso mercantil; es realmente indiscutible que el derecho en su ámbito es la rama donde se acude con mayor analogía dadas sus mismas características, pues la hacen flexible y mutable ante los hechos. Por otro lado, sobre las fuentes del derecho comercial o mercantil, se enuncian otras, tales como:
- La costumbre constituye la segunda fuente dentro de los materiales; además sirve para interpretar la voluntad de los contratantes o para suplir el silencio de la ley; tiende a ser adaptable a las circunstancias de tiempo y lugar, pues está inmersa en la vida económica; adicionalmente, desempeña un papel trascendental ya que, con el tiempo, a pesar de la ductilidad de sus actos, la ley la ha desplazado a un segundo plano, de ahí que se defina como “*una conducta repetida*”, de forma jurídica y usos sociales con poderes facultativos bien estructurados en la norma.

Así se tiene que dependiendo del momento jurídico o mercantil en que se encuentre, la costumbre puede ser jerarquizada en diferentes clases: costumbre según la ley, más allá de la ley, contra la ley, local, nacional, internacional, extranjera; con funciones imperativas, integradora de normas además complementaria de la ley, cuando esta lo requiera. Para que la costumbre cumpla cabalmente como regla del derecho, debe reunir una serie de condiciones como:

1. que no contraríe tácita o manifiestamente las normas de la ley mercantil;
2. que los hechos constitutivos de la costumbre sean públicos, reiterados, así como uniformes;
3. que rijan en el lugar donde han de cumplirse las prestaciones pactadas o donde surjan las relaciones que deben regularse por ella.

De igual forma, según la más amplia doctrina, existen otras fuentes del derecho comercial o mercantil, las cuales se esbozan enseguida.

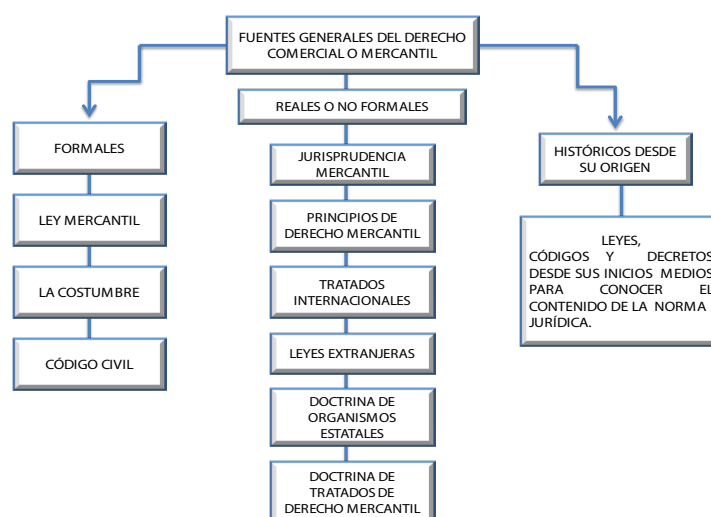
- Principios Generales del Derecho Mercantil son todos aquellos postulados emanados del sistema jurídico que tienen fuerza en la toma de decisiones con el sentido y alcance de normas; además, se convierten en puntos importantes como auxiliares del juez y de la tarea legislativa.

Por ejemplo, el principio “nadie puede enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”, considerado como hecho ilícito y penado por las legislaciones de los países sujetos a examen (Calvo, 2002, p. 40).

- La jurisprudencia, La jurisprudencia constituye la doctrina, de las decisiones de los tribunales. Al respecto, Guerrero (2022) señala que son “las distintas sentencias dictaminadas por los respectivos Tribunales de Justicia en lo relacionado con algún caso comercial”. Es una interpretación de la ley que sirve de apoyo interpretativo. Es considerada consensualmente como la mayor fuente interpretativa del derecho positivo en caso de vacío o silencio de la ley. A manera de ilustración, las fuentes de reglas aplicables a la materia mercantil se ilustran en la próxima figura.

Figura 3

Fuentes del Derecho Comercial o Mercantil.



Fuente: Elaboración propia (2022).

- Tratados Internacionales de Comercio: constituyen la fuente material del Derecho Mercantil porque se basan en la experiencia que deja el ejercicio de la actividad internacional; sirven en algunos casos para complementar los principios legales, resaltando la economía y el comercio de un país.
- Leyes Extranjeras: dado que la influencia del Derecho Mercantil tiene gran incidencia en el mundo, se adoptan prudentemente cuando son consideradas importantes dentro del ámbito mercantil, como fuente de experiencia dentro del país que las aplica, pero cumpliendo los extremos de ley exigidos para tal fin.

- Doctrina de Organismos Estatales: el Estado crea una congerie de organismos administrativos, los cuales forman parte de la rama ejecutiva que tiene como misión interpretar y aplicar las diferentes regulaciones mercantiles a los particulares, con la sujeción jurídica de las actividades comerciales o ejercicio del comercio. A este efecto se puede citar como ejemplo la Superintendencia Bancaria en el caso colombiano y, en Venezuela, la Superintendencia de la Actividad aseguradora, entre otras.
- Doctrina de Tratadistas del Derecho Mercantil: los tratadistas son los autores que escriben tratados sobre cualquier materia y la doctrina analiza, critica y depura los acuerdos o tratados emanados. Son los encargados de dar engranaje perfecto al derecho como tal, formando una sistematización de reglas consuetudinarias y el desenvolvimiento de esta rama jurídica en el ejercicio de las actividades mercantiles. Dentro de este contexto, los autores observan que las fuentes del derecho comercial o mercantil en los países sujetos a análisis son coetáneas.

4. Sujetos del Derecho comercial, actos y operaciones comerciales.

De acuerdo con Morles (2007), los sujetos en el ámbito comercial o mercantil son todas aquellas personas naturales o jurídicas que ejercen y poseen la cualidad de empresarios o comerciantes. Esta definición subsume a aquellos quienes por accidentalidad realizan negocios mercantiles, teniendo en cuenta que todos deberán ostentar una naturaleza mercantil.

Tal como lo contempla el Código de Comercio Colombiano en el artículo 10, son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere, aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona. Asimismo, el artículo 11, *ejusdem*, señala que las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se consideran comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones.

Por lo general, casi todas las personas en alguna ocasión son sujetos de actos mercantiles por compra o venta inesperada de bienes y servicios. Sin embargo, en el artículo claramente se especifican quienes son realmente los comerciantes por profesión y quienes simples sujetos de una relación jurídico-mercantil inmediata, siempre que se ajuste a las recomendaciones legales que rigen estos actos. Ahora bien, para confrontar lo señalado en el ordenamiento jurídico venezolano, el código de comercio venezolano en el artículo 10 advierte que son comerciantes los que teniendo capacidad para contratar hacen del comercio su profesión habitual, y las sociedades mercantiles. Sin embargo, Morles (2007) comenta que es comerciante toda persona individual que hace del comercio su profesión, actuando en nombre propio y con fines de lucro.

Adicionalmente, se deben considerar los extremos legales que debe reunir un sujeto para que sea considerado comerciante. Al respecto, Calvo (2002) menciona lo

inherente a la capacidad de ejercicio de los actos que la ley considere comerciales, realización habitual de esta actividad y ejercicio en nombre propio. El mismo autor señala que existen dos tipos de comerciantes: el comerciante ocasional, identificado como aquel sujeto accidentalmente de comercio y el comerciante habitual, representado por el comerciante mismo.

Resulta evidente que las disposiciones anteriores, contempladas en el código, limitan al comerciante, pues lo definen de forma estrecha, sin tomar en cuenta que, a lo largo de los años, lo que se ha buscado es darle una visión profesional, como empresario y generador de sus propios insumos, para servir en las necesidades del mercado global, desarrollando progresivamente la organización de la actividad comercial o mercantil. Dado que cada empresario se articula a un determinado tipo, puesto que es una acción propia de una organización lucrativa, los investigadores ofrecen una nueva tendencia de jerarquización. En la tabla 3 se ilustran diversas modalidades.

Tabla 3
Clasificación de empresario

TIPO	EXPLICACIÓN
Empresario Socio Clave	Prefiere trabajar solo y, cuando labora con empleados o colaboradores, tiende a concentrar el poder.
Empresario Miembro de un Grupo	Es quien asume el rol más activo, generalmente no es uno de los socios capitalistas.
Empresario Profesional	Prefiere el trabajo en equipo por el apoyo psicológico y financiero que significa.
Empresario Inventor/ Investigador	Aunque posee la educación necesaria, no se considera empresario por cuanto no posee las habilidades administrativas requeridas. Es una derivación del empresario profesional, no tiene la destreza ejecutiva necesaria, pero tiene buenas ideas para crear productos innovadores, aunque no son comerciales.
Empresario Innovador Creativo	Posee destreza ejecutiva y conoce el mercado; por lo tanto, fabrica nuevos productos para satisfacer las necesidades de los consumidores que resultan en bienes o servicios exitosos.
Empresario de Alta Tecnología	Tiene una educación privilegiada con destrezas técnicas y ejecutivas. Generalmente tiene grandes fortalezas tecnológicas e informáticas además de dominar las TICs.
Empresario Iniciador Empedernido	Es aquel que crea empresas para luego venderlas, haciendo de esto un modo de vida.
Empresario Multiplicador	Su idea es sacar provecho del negocio mediante la copia de ideas de negocio de otros; este grupo está mayormente integrado por los franquiciantes.
Empresario Adquiriente	Es el típico negociante que compra a un precio y realiza ciertos movimientos financieros, legales y no tan legales, obteniendo un beneficio al venderlos
Empresario Especulador	Es el que adquiere empresas que tienen problemas de cualquier tipo, las recupera dándoles competitividad y luego las vende con un beneficio. Este tipo de empresarios emplea métodos que los hacen exitosos en cualquier terreno.
Empresario Rehabilitador	Adquiere empresas a bajos precios, luego, a través de manipulaciones legales, transforma los estados financieros con el fin de incrementar su valor para luego venderlas con un beneficio. Generalmente este tipo de administrador posee conocimientos avanzados de contabilidad.
Empresario Manipulador de Valores	Empresario egocentrista cuyo único fin es lograr el éxito de la empresa para reflejarlo en él mismo; prefiere ceder en los convenios para no tener complicaciones y explotar con habilidad sus contactos.
Empresario Creador de Conglomerados	Es aquel que adquiere varias empresas, pero retiene el poder en todas ellas, como un auténtico pulpo las mantiene bajo su mando, lo que puede llevar al fracaso de alguna de ellas, sobre todo si desconoce el negocio.
Empresario Tomador de Capital	Se fija como objetivo el que la empresa que dirige cotice en la bolsa de valores, con el propósito de revalorizar a gran escala sus inversiones y lograr un máximo beneficio.
Empresario Cotizador de Bolsa	Se fija como objetivo el que la empresa que dirige cotice en la bolsa de valores, con el propósito de revalorizar a gran escala sus inversiones y lograr un máximo beneficio.
Empresario Constructor de Equipos	Son los fundadores de la empresa y han crecido con ella, construyen equipos, saben delegar y están altamente organizados.

Fuente: Elaboración propia (2022).

En síntesis, los autores opinan que el tipo de empresario está representado por la ficción del legislador al calificarlos como personas jurídicas, las cuales pueden fungir como representantes de una organización empresarial. Suelen ser comerciantes de carácter privado o público, dependiendo de la empresa, si es o no del Estado. De manera que, para llegar a ser empresario mercantil, se deben cumplir una serie de disposiciones que enfocan su actividad en la formación y ejercicio jurídico de los actos.

En otro orden de ideas, el Código de Comercio Colombiano (1971), en el artículo 20, efectúa una amplia jerarquización y desglose de todos los actos y operaciones que se realicen en el marco comercial o mercantil. Adicionalmente, en el artículo 21, advierte que se tendrán como *mercantiles* todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, así como los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales.

Contrario a lo anterior, el artículo 23, *ejusdem*, dispone de manera expresa los actos y operaciones que no son mercantiles, a saber:

1. la adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o uso del adquirente, y la enajenación de estos o de los sobrantes;
2. la adquisición de bienes para producir obras artísticas y la enajenación de estas por su autor;
3. las adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público;
4. las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural, transformación de tales frutos siempre que no constituya por sí misma una empresa.
5. la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales (p.8).

Al confrontar ambas legislaciones en la materia estudiada, los autores observan divergencias puesto que el Código de Comercio Venezolano no establece tal clasificación de los actos u operaciones comerciales como lo hace Colombia. En su opinión, legislación empresarial colombiana está a la par de las exigencias del mercado y la globalización.

Ahora bien, con respecto a las obligaciones del comerciante, Goldschmidt (2003), las define como aquellos deberes legales establecidos en la ley mercantil regida por el (Código de Comercio y las leyes especiales), para todo aquel que hace del comercio su profesión; para acatar lo establecido en las leyes, deberá cumplir con las obligaciones indicadas en la siguiente tabla.

Tabla 4
Obligaciones del comerciante

Personas Naturales (con cualidad de comerciante)	Sociedades
Libro mayor y de Balances; Libro diario; Libro de Inventarios y Balances.	Libro mayor y de Balances; Libro de inventarios y Balances; Libro diario; Libro de actas, de registro de socios, de asambleas y de juntas, según el caso.

Fuente: Elaboración propia (2022).

Adicionalmente, deberán cumplir con la incorporación de dichas sociedades en la Cámara de Comercio (Comercio Colombiano, artículo 78), así como el registro y contabilidad mercantil, donde los libros legales llevados por el comerciante constituyen un medio de prueba, puesto que la legislación contempla que estos deben cumplir con los extremos de ley.

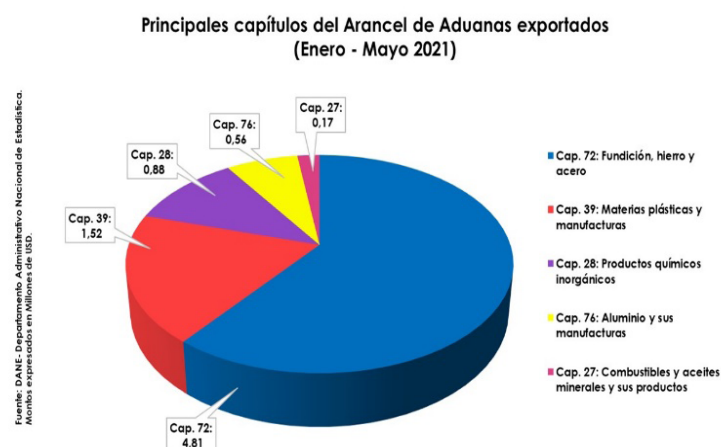
Es un hecho público y notorio el cierre parcial de la frontera colombo-venezolana desde 2015 debido a situaciones diplomáticas y políticas entre ambos países. A esto se suma la incidencia de la crisis sanitaria mundial producto de la pandemia en el intercambio comercial. Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia (DANE), para el 2021 la mayor parte del intercambio comercial fue procesado por las aduanas de Maicao y Cartagena en Colombia, donde el puerto de Barranquilla jugó un papel clave en las importaciones de Colombia desde Venezuela. En este caso, el intercambio ascendió a US\$ 222.624.143 (US\$ 187.758.665 en productos colombianos y US\$ 34.865.478 en productos venezolanos).

Las importaciones de productos colombianos hacia Venezuela como producto del comercio binacional representan el 52%, alcanzando la cifra de 101 millones de USD para el período enero – mayo del 2021, donde los principales productos exportados de forma lícita hacia Colombia son los que se ilustran en la figura 5:

- Capítulo 72: Fundición, hierro y acero (4,81 millones de USD).
- Capítulo 39: Materias plásticas y manufacturas (1,52 millones de USD).
- Capítulo 28: Productos químicos inorgánicos (0,88 millones de USD).
- Capítulo 76: Aluminio y sus manufacturas (0,56 millones de USD).
- Capítulo 27: Combustibles y aceites minerales y sus productos (0,13 millones de USD).

Figura 5

Principales Capítulos arancelarios por exportaciones hacia Venezuela (Enero-Mayo 2021).



Fuentes: Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia "DANE" (2021), Cámara Colombo-venezolana.

Al reactivar las relaciones comerciales entre ambos países, se incrementan las posibilidades de inversión además del intercambio de mercancías en los rubros farmacéutico, alimentos, calzados, entre otros. Son la demostración de la necesidad de la reactivación y resurgimiento económico entre Colombia y Venezuela, tal como se ilustra en la figura 6:

Figura 6

Intercambio Comercial colombo-venezolano a junio 2021



Fuentes: Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia (DANE), Cámara Colombo Venezolana

Fuentes: Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia "DANE" (2021), Cámara Colombo-venezolana.

CONCLUSIONES

Vistos los aportes ofrecidos por los autores citados con anterioridad y el análisis exegético a través de la hermenéutica jurídica, se concluye que existe ductilidad

del régimen comercial o mercantil en las legislaciones colombiana y venezolana, alineándose ambas regulaciones jurídicas. Los autores observan analogías en el ordenamiento jurídico empresarial vigente en materia mercantil, ya que el derecho comercial tiene una base otorgada en la Carta Magna como norma primigenia a la par de las leyes en materia mercantil, al contemplar la constitucionalización del derecho privado como derecho fundamental dentro del derecho comercial.

Es menester resaltar que la constitucionalidad de ambas naciones, así como la concurrencia de mercado, favorecen el aprovechamiento de la ductilidad comercial y ello coadyuva a la reestructuración productiva colombo-venezolana. Si se observa la economía durante aproximadamente siete años de cierre, se deduce como *dislate* la acción de sacrificio económico para ambas naciones, pues las desventajas superan las ventajas. Asimismo, se encuentran pérdidas y retroceso comercial para ambos países, cuyas consecuencias e impactos son percibidos por los más vulnerables. En otras palabras, se ocasiona un pasivo o brecha social como producto de una suspensión arbitraria.

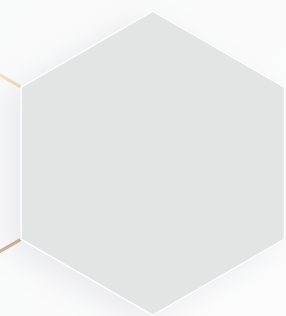
En este sentido se puede inferir que la ductilidad en las fronteras colombo-venezolanas dentro del derecho comercial o mercantil propicia la actividad económica con resurgimiento de negocios fronterizos que ofrecen beneficios para la tan ansiada integración económica de ambos países. Su empoderamiento apareja un fuerte intercambio y la convierte en la vitrina de operaciones mercantiles, generando además empleos e ingresos fiscales para los dos países. Adicionalmente, se puede asentar que con esa anhelada reactivación de la estructura productiva colombo-venezolana, se abre un abanico de oportunidades en diferentes ejes, como son el comercial, el industrial, el turístico, el tecnológico, el educativo, entre otros.

Al estimular los esfuerzos para una plena integración, además de impulsar nuevas alianzas comerciales aprovechando la ductilidad o flexibilización del ordenamiento jurídico, se contribuye al crecimiento sostenido y se promueve el modelo de desarrollo sostenible. También se favorece la internacionalización, disminuyendo las brechas, mitigando los pasivos sociales y mejorando la calidad de vida de los ciudadanos de ambos países. Estas acciones coadyuvan al desarrollo y bienestar binacional, tanto a nivel empresarial como para los emprendimientos en sectores como el textil, el marroquinería, el de calzado, la remodelación de inmuebles, entre otros.

Asimismo, la reactivación propicia el resurgimiento de franquicias, lo cual redundará en el incremento de empleos y una mayor percepción de ingresos fiscales producto del intercambio comercial e industrial entre Colombia y Venezuela. Al respecto, según las proyecciones del DANE para el 2023, se estima que los ingresos sean de 2.000 millones de dólares. Esto refleja claramente el aprovechamiento del socio natural de Venezuela, pues la movilización de bienes, servicios, transporte, entre otros, abre nuevas perspectivas de mejora de la economía.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bercovitz, A & Cano, R. (2020). *Apuntes de Derecho Mercantil: Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial (Manuales)*. Versión Kindle. Recuperado el 4 de junio de 2022 de <https://n9.cl/hc93t>.
- Bonilla, M. (2021). Jerarquía de las fuentes de Derecho Comercial. Recuperado el 4 de junio de 2022 de <https://n9.cl/pk5we>.
- Cámara Colombo-venezolana (2021). Boletín del Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia [DANE].
- Calvo, E. (2002). Código de Comercio comentado. Libra Fondo Editorial, Caracas. Venezuela.
- Código de Comercio Colombiano [CCC]. Decreto 410 de 1971. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.
- Código de Comercio Venezolano [CCV]. Gaceta extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [CRBV] (1999). Gaceta Oficial Extraordinaria No. 36.860 de 30 de diciembre de 1999 (Venezuela).
- Enciclopedia jurídica (2020). Recuperado el 4 de junio de 2022 de <https://n9.cl/1pxuy>.
- Espinosa, L (2012). *Introducción al Derecho Mercantil*. Universidad Sergio Arboleda.
- Goldschmidt, R (2003). Curso de derecho mercantil. Universidad Católica Andrés Bello & Fundación Roberto Goldschmidt.
- Guerrero, L. (2022). Las Fuentes del Derecho Mercantil. Recuperado el 10 de mayo de 2022 de <https://n9.cl/4q965>.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., y Baptista Lucio, P. (2016). *Metodología de la investigación*. McGraw Hill Education.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Imprenta Universitaria.
- Morles, A (2007). Derecho mercantil "Introducción a la empresa y empresario". Tomo I. UCAB.
- Pérez, J. y Merino, M. (2009). Definiciones de Derecho Mercantil. Recuperado el 10 de mayo de 2022 de <https://n9.cl/fm5wt>.
- Perilla, J. (2015). Alineación iusteórica de las fuentes del derecho comercial. Recuperado el 10 de mayo de 2022 de <https://n9.cl/ns7j8>.
- Pinzón, G. (1985). Introducción al Derecho Comercial. Editorial Temis
- Derecho Venezolano (2012). *El Derecho Mercantil*. Recuperado el 4 de junio de 2022 de <https://n9.cl/vh270>.
- Vivante, C., & Constans, F. (2005). Derecho Mercantil. Tribunal Superior de Justicia Federal. Dirección General de anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. Editorial La España Moderna. Madrid. España.



GENERALIDADES JURÍDICAS

PERITAJE SOCIAL FORENSE

Marcos Fidel Barrera Morales
Centro Internacional de Estudios Avanzados SYPAL
marfibamo@cieasypal.com
<https://orcid.org/0000-0003-3466-158X>

Fecha de recepción: 25 de mayo de 2022
Fecha de aceptación: 13 de octubre de 2022
Fecha de publicación: 15 de diciembre de 2022

Resumen

La administración de la justicia requiere la vinculación de profesionales adscritos a distintas disciplinas, así como de personas relacionadas con los sucesos objeto de atención judicial y de aquellas provenientes de ámbitos sociocomunitarios, a fin de contribuir con la tarea de precisar sucesos, recabar información y emitir conceptos vinculantes, en instancias a cargo de la emisión de juicios, como también para establecer acuerdos, precisar resarcimientos y coincidir en propósitos afines. Esta actividad se reconoce como peritaje social forense, entendido como una manera formal, existencial, a la par que legal, de apoyar las gestiones de personas y entes encargados de velar por la práctica de la equidad, de la justicia y de las respectivas correspondencias éticas, ante sucesos de interés. El método empleado -en correspondencia con el diseño documental de la presente entrega- fue similar al de las investigaciones analíticas centradas en (1) precisar el evento de estudio, (2) analizar variados presupuestos teóricos preexistentes, y (3) proceder con las deducciones e inferencias correspondientes. En la investigación se buscó precisar aspectos generales de orden comprensivo sobre el peritaje social forense (PSF) a partir de la premisa de que este corresponde a una manera concreta de administrar justicia desde la perspectiva de la inclusión, para lo cual se requieren profesionales idóneos, sectores preparados, ámbitos y protocolos definidos, al igual que entidades judiciales ganadas para tales efectos.

Palabras clave: Peritaje social forense. Investigación social. Justicia social. Administración de la justicia.

FORENSIC SOCIAL EXPERT APPRAISAL

Abstract:

Administering justice requires the involvement of professionals from different disciplines, as well as persons related to the events that are the object of judicial

attention, and those coming from the corresponding social and community areas. The objective is for them to contribute to the task of clarifying events, gathering information and issuing binding concepts, in instances in charge of issuing judgments; as well as to establish agreements, specify compensations and coincide in similar purposes. This activity is recognized as forensic social expertise. This is a formal, existential, and legal way to support the efforts of people and entities in charge of ensuring the practice of equity, justice and the respective ethical correspondences, in the face of events of interest. The used method (in correspondence with the documentary design of the present study) was similar to that of analytical research. It focuses on (1) specifying the studied event, (2) analyzing various pre-existing theoretical assumptions, and (3) proceeding with the corresponding deductions and inferences. The research sought to clarify general and comprehensive aspects of forensic social expertise (FSE). It was based on the premise that this corresponds to a concrete way of administering justice from the perspective of inclusion. This requires qualified professionals, trained personnel, defined scopes and protocols, as well as judicial entities committed to this end.

Key words: Forensic social expert appraisal. Social research. Social justice. Administering justice.

INTRODUCCIÓN

El peritaje social forense –en adelante PSF- alude a variadas prácticas empleadas en la administración de la justicia, marcadas por la participación activa de gestores sociales, comunitarios y culturales, representativos de los sectores vinculados a los sucesos motivo de intervención judicial. Estos, por lo regular, están interesados en el desarrollo de los casos y sus respectivos procedimientos, pues su vinculación práctica se realiza con la anuencia del aparato judicial. Además, las opiniones, los informes y los productos derivados de la actividad de estudio e indagación generan efectos vinculantes en los respectivos procedimientos.

Si bien el PSF corresponde a una práctica institucional de limitado desarrollo, no deja de contener un importante atractivo, especialmente en los contextos donde se reclama mayor injerencia de sectores importantes de la colectividad en la tarea administrativa de la justicia. En esta contribución se recogen aspectos destinados a establecer los correlatos entre el acercamiento al estudio de los casos y los procesos científicos del conocimiento. Se trata asimismo de precisar aspectos generales de orden comprensivo sobre el peritaje social forense, a fin de amparar las precisiones conceptuales necesarias para fortalecer tanto el ejercicio de esta actividad social, como las premisas sobre las cuales se estructura su quehacer. En consecuencia, son líneas matrices del estudio las determinadas por la precisión formal de lo que corresponde al PSF, así como la determinación de sus efectos y la concreción de los rasgos requeridos para la actividad de personas y profesionales adscritos a tal gestión, sin soslayar la importancia del cambio de percepción sobre el PSF a cargo de las instancias que administran la justicia.

Para responder a cuestiones relativas al PSF corresponde apelar a diversas fuentes. El acercamiento intelectual obedece a la necesidad sentida del sistema judicial local, regional e internacional, que, camino a la actualización gerencial y administrativa, admite la existencia de cierta precariedad informativa -llámese investigaciones- acerca de las maneras de hacer justicia, ante la evidente necesidad de intervincular sectores de importancia al conocimiento de los hechos y a la tarea de tomar decisiones, desde la perspectiva de la equidad y la justicia. Al respecto,

si se tiene en cuenta la importancia de la administración de la justicia en el proceso antes mencionado de democratización y modernización, sorprende observar, en evidente contraste con la abundancia de investigaciones y escritos sobre los sistemas y los problemas políticos de América Latina, la escasa producción bibliográfica sobre la administración de justicia y el desconocimiento que de su organización, funcionamiento y problemas tienen tanto los organismos internacionales interesados en apoyar reformas como la población en general, para la cual dicho sistema se ha concebido (Rico y Salas, 2014, p. 8).

Importa acotar, además, que los resultados de la revisión documental apuntan a reconocer la necesidad de insistir sobre esta modalidad de administración de justicia, caracterizada por la apertura a entes, instancias y personas interesados en estos temas de trascendencia personal y social - la justicia, la equidad, la corresponsabilidad- y, en el fuero de lo humano, lo concerniente a la toma de conciencia en torno a estos menesteres cruciales en cualquier entorno social, cultural y organizacional. Toca a gestores, teóricos del derecho y de la justicia, así como también a instancias competentes decidir al respecto. De igual manera, corresponde a unos y otros propiciar que los asuntos de la justicia salgan del reducto en el que a veces parecieran encontrarse, a fin de configurar ámbitos donde la inclusión, la amplitud de criterios y las variadas maneras gestoras y administrativas sean consecuentes con las premisas del PSF.

METODOLOGÍA

El método seguido corresponde al de las investigaciones analíticas. Al tratarse de un diseño documental, una vez determinado el evento de estudio y la pregunta sobre qué criterios determinan una configuración conceptual de efectos estructurales relativos al peritaje social forense, se reducen a analizar variados supuestos teóricos para, en consecuencia y fruto del cotejo y del reiterado análisis, proceder con las deducciones e inferencias.

DISCUSIÓN

El análisis teórico permite dilucidar que el PSF alude a la práctica vinculada a la actividad auxiliar que se cumple en la administración de justicia, en el ejercicio del derecho y de los ambientes donde corresponde resolver dilemas, mediar en confrontaciones, atender problemas -contradicciones- y establecer parámetros en ámbitos relacionales. Igualmente, se desarrolla en predios de la pesquisa policial

y de las intervenciones profesionales que ameritan la voz de expertos que den cuenta, en detalle, de hechos, circunstancias y personas que acompañan eventos de interés judicial. Por esto, puede decirse que la actividad forense “es el trabajo social en el ámbito de la justicia, desde una perspectiva holística, que da respuesta a una solicitud externa, y que tendrá como finalidad reflejar la manifestación particular de la cuestión social, determinada esta, histórica y culturalmente” (Honores y Quizhpe, 2019, p. 269).

En el PSF, un aspecto determinante constituye la vinculación directa de representantes de los contextos, experiencias y expresiones societarias vinculados directa o indirectamente a los hechos a analizarse. Entre tantos coprotagonistas -salvando cada situación dilemática en particular-, se encuentran sociólogos, trabajadores sociales, comunicadores, líderes sociales, religiosos, educadores, dirigentes e interesados en general. Esto hace que la actividad cumplida amerite cambios de mentalidad y, a su vez, la determinación de procedimientos para las tareas inherentes a la administración de la justicia. Así, se podrán soslayar las posturas tradicionales eminentemente binarias -lo punible y el enmendador-, a fin de amparar la emergencia de otros gestores y de variados procedimientos, especialmente desde especialidades complementarias, a favor de una lectura comprensiva y equitativa, para la resolución de situaciones dilemáticas, con criterios de valoración, inclusión y oportunidad. Todo ello exige una adecuación legal, instrumental y psicológica; por esto, “el Principio de Especialidad exige desde el sistema internacional una urgente transformación a nivel de las matrices de pensamiento-acción en todos los actores judiciales (equipos profesionales, jueces, fiscales, defensores)” (Marcón, 2018, p. 418).

Así, el PSF es un oficio caracterizado por la rigurosidad de los procedimientos, la seriedad de las implicaciones, los nexos y las vinculaciones que genera, amén de los efectos que produce. Esto hace que esta actividad requiera disposiciones especiales y exija actitudes a favor de las intervenciones, el empleo de métodos, el uso de técnicas y la aplicación de instrumentos, todo destinado a cumplir con las tareas que le corresponden: pesquisa, precisión de escenarios, determinación de eventos, acopio de evidencias, entre otras. Esto permite que se acompañe el peritaje con protocolos que, una vez instituidos, determinan el proceder formal ante los sucesos sobre los cuales se interesa. Esto incluye también el dominio metodológico, instrumental, técnico y tecnológico (Tomasi, 2010).

En términos de la administración de justicia, de acuerdo con Cisternas y Rojas (2013), el peritaje social forense adquiere la calificación de *prueba judicial*, pues “tiene valor en cuanto aporte del conocimiento específico y especializado de una determinada materia en litigio” (Cisternas y Rojas, 2013, p. 38). Por esto, la información que provee el PSF es vinculante y produce efecto inmediato en el seguimiento de los casos, dado que tiene la capacidad de proveer insumo informativo, orientar decisiones y amparar el develamiento de situaciones de variada implicación judicial. Incluso, puede llegar a la decisión final de uno u otro caso.

1. Consideraciones generales sobre el peritaje social forense

La actividad cumplida en el marco del PSF no se restringe a los campos de la justicia, del derecho y de la cuestión legalista; se extiende a otras ramas de la ciencia, de la filosofía (Markowski, 2020; Barrera, 2014b), a variadas disciplinas, ámbitos, contextos y actividades. Por ende, el peritaje se vincula interdisciplinariamente, intercontextualmente y corresponde al campo de las triangulaciones disciplinarias. Por ejemplo, una intervención mediada por el PSF remite a la actividad de acercamiento informativo –con fines descriptivos– que se cumple en nombre de la cultura. Asimismo, remite a la precisión de políticas públicas, el movimiento de las colectividades, el desarrollo de las organizaciones, las caracterizaciones psicológicas y toda experiencia asociativa donde se demande acercamiento disciplinar, multidisciplinar e interdisciplinar.

El PSF es cónsono con actividades de investigación y de sistematización de experiencias. (Barrera, 2019). Por vía de la sistematización corresponde este accionar al develamiento de saberes, experiencias y condiciones propias del existir con capacidad suficiente de proveer conocimiento, cuando no de fortalecer jurisprudencia; por el camino de la investigación, se accede a la ciencia en condición de coprotagonistas de la misma.

En general, se justifica el peritaje por los efectos mediante los cuales, a través suyo, se requieren datos precisos donde impera la valoración técnica y se exige el cotejo formal de incidencias. Esto se da bajo el efecto de variadas relaciones, implicaciones e interacciones, unas provenientes de la ya mencionada sistematización de experiencias, otras de la investigación y muchas más de la práctica de estudio, donde el análisis, la crítica, la inferencia, la deducción y la racionalidad formal están presentes. En estas circunstancias se desarrolla, entonces, el peritaje social forense como alternativa para el logro del conocimiento de situaciones dilemáticas, la confrontación de pareceres, testimonios, lecturas, y para la precisión de variados aspectos necesarios para la sana administración de la justicia.

Expuesto lo anterior, se entiende por peritaje social forense la actividad de indagación -en términos legales y formales- cumplida en contextos relacionales y asociativos en los cuales se obligan las intervenciones puntuales que dan cuenta de hechos concretos. Esta actividad tiene como intención profundizar en los acontecimientos, precisar sus características y propiciar un mayor conocimiento a personas e instancias interesados, con un criterio motivacional imperante: aplicación de la justicia más que manifestación cruda del derecho.

Entonces el PSF permite a autoridades e instancias comprender de mejor manera las situaciones, vincular interesados, atender a afectados, asociar a expertos, emitir conceptos formales, tomar decisiones puntuales, y, en oportunidades, incidir sobre los acontecimientos.

2. Peritaje e investigación

El PSF está emparentado con la investigación y constituye una ayuda de significativa importancia para la actividad científica. Esto, porque lo justo, -además de moral, conceptual y filosófico-, tiene asidero en la ciencia. Para la justicia se requiere conocer; con la justicia también se hace ciencia. Sin embargo, es importante advertir que la investigación constituye un camino de rigurosidad metodológica y de imperativo científico de implicaciones e imbricaciones distintas, no reñidas con la urgencia que por lo regular acompaña el peritaje en sí mismo. De esta forma, el PSF, si bien es una actividad científica, se constituye en apoyo a procesos de investigación que, por lo regular, trascienden determinada pesquisa.

La actividad cumplida en nombre del PSF tiene variadas intencionalidades, o más bien, orientaciones, de cara a la investigación a la cual se ordena. Si el propósito inicial de un ejercicio de PSF es descriptivo, entonces surgen descripciones formales de los hechos, de las situaciones y de los acontecimientos. Si el objetivo es analítico, entonces se produce el discernimiento correspondiente. Si la intención es comparar, se tienen descripciones de fondo que permiten -entre situaciones de similar condición- los correspondientes propósitos analógico y de establecimiento de relaciones y de correlaciones. Si el interés es predictivo, la actividad de prognosis y de preferencia que corresponde en cada oportunidad permite precisar la prefiguración correspondiente. Esto obliga a establecer un parangón entre el peritaje y los tipos de investigación (Hurtado, 2014) y crear las condiciones para que esta labor, obtenga el reconocimiento por su veracidad, efectividad y los notables resultados. Expuesto lo anterior, queda un camino abierto hacia la indagación científica como soporte natural de la actividad del PSF, con base en la batería de insumos técnicos y científicos que caracterizan el quehacer de la investigación.

3. Protagonismos

El PSF está a cargo de expertos delegados para tal propósito, pero también puede estar en manos de líderes, dirigentes, representantes de instituciones, miembros de redes sociales, integrantes de comunidades organizadas y profesionales preparados, especialmente trabajadores sociales, psicólogos, educadores e investigadores, cuando no antropólogos sociales. Esta actividad de peritaje, de impronta legal y de variadas implicaciones, constituye una relativa novedad, especialmente porque concierne, en buenas oportunidades, a quienes lideran agrupaciones, gremios, colectividades, asociaciones.

En el caso de los trabajadores sociales, de sociólogos, psicólogos, politólogos, comunicadores y otros profesionales que cumplen actividades de intervención social y, en consecuencia, ejercen actividad de PSF, corresponde atender situaciones personales, grupales y de diversa conformación. Por ejemplo, “aportar en el diagnóstico sobre alimentos, patria potestad, visitas, violencia familiar, abuso sexual y maltrato infantil, justicia restaurativa, entre otros” (Quintero Velásquez, 2010, p. 5). Además, en contextos urbanos, rurales, estructurales, organizacionales, el peritaje social forense se desarrolla de múltiples maneras, a través de variados efectos,

todos orientados a atender situaciones de hecho y de derecho que indudablemente ameritan tan compleja intervención.

La importancia del peritaje radica en la ayuda que presta esta actividad para el cumplimiento de objetivos de las instituciones de servicio privado y público. También es importante la capacidad que tiene de orientar procesos que permitan variados logros, especialmente los derivados de las actividades que cumplen las distintas instituciones. El peritaje es importante en la identificación de circunstancias, la descripción de hechos, la explicación de sucesos, la verificación empírica de determinadas hipótesis, los requerimientos de atención, el desarrollo de campañas, la ejecución de programas de prevención, el diseño de actividades para la concienciación. En no pocas oportunidades aparece como recurso para la reivindicación social y para la exigencia de atención ante circunstancias imperativas de importancia social y legal. En casos especiales se apela al PSF como recurso para la veeduría social de las ejecuciones políticas de las instancias administrativas.

4. Proyecciones

El estudio del peritaje social forense como campo abierto para el periodismo y la literatura es un capítulo aparte. En cuanto al primero, el periodismo es un recurso para fortalecer la capacidad informativa y determinar tanto la veracidad de los hechos, como las formas en que se manifiestan –cuando a través de este medio puede precisarse. La actividad del periodista es un ejercicio cercano al que realiza el perito social forense, sin dejar de advertir las diferencias, pues en cada caso los une el mismo interés: el conocimiento de los hechos, de la realidad, tal cual ocurre en la vida real. En cuanto al segundo, la literatura ilustra el peritaje desde sus inicios, con su antecedente en el personaje creado por Arthur Conan Doyle en las postrimerías del siglo XIX, Sherlock Holmes: “uno siempre debe buscar posibles alternativas y probarlas. Es la primera regla de la investigación criminal” (Lucena, Escola y Pardo, 2011, p. 19). Sobre este personaje se sigue elucubrando con criterio científico (Unzaga, 2016). A través de la actividad que cumple este detective, se precisan un grupo de ideas y procedimientos para la actividad del perito, el investigador, el detective y el interesado en seguir rigurosamente los vestigios, las señales, los indicios con fines reconstructivos y explicativos (Moreno, 2013).

5. Pericia profesional

Al ejercicio del peritaje social forense le corresponden variadas exigencias, amén de competencias y determinado conocimiento, suficientes para sustentar la denominada pericia. La condición de expertos se gana a través de saberes, esfuerzo y preparación, y obedece a una dinámica variopinta propia del ejercicio de la profesión. A través del perito social forense se advierte que quien cumple las tareas concernientes a esa denominación lo hace desde la idoneidad personal y profesional, en correspondencia con el contexto institucional. Estos aspectos llevan a ratificar que la cualificación de perito social forense está determinada por un compendio de cualidades y requerimientos, entre los cuales destacan *conocimiento, práctica y autoridad*, como se explica, a continuación:

El conocimiento es esencial en el peritaje porque es propio de quien ejerce como perito o perita social forense, saber sobre lo que trata su oficio, en términos de disciplina, dominio personal y ejercicio laboral: eso lo constituye en experto o experta. Por una parte, dado que el saber no se improvisa, el perito está obligado a actualizarse profesionalmente y obedecer a su inquietud intelectual que le obliga a indagar persistentemente. Por otra parte, la práctica es fundamental en la vida de todo perito. El dominio de las ciencias, de las disciplinas, de las profesiones se logra justamente a través de la reiteración. Esto incide en el uso de las aplicaciones, el conocimiento de los métodos, de las técnicas, igual que de la instrumentación, en un abierto propósito de perfeccionamiento. De ello deriva un importante saber, así como también la validación de la información y la emergencia de variadas maneras de conocer.

Asimismo, la autoridad es cónsona con la labor del perito, como ejercicio y como cualidad, pues el peritaje –y el consecuente reconocimiento al que lo ejerce– implica una aceptación sustentada en el derecho, por un lado, y la conjugación de oportunidad, pertinencia y correspondencia, por el otro. Esto conduce a apreciar que la autoridad se mide en unos por *ius*, por justicia, porque corresponde en buena lid; en otros, por oportunidad, puesto que la actividad que en un momento justifica la presencia del experto obedece también a circunstancias ante las cuales este se forma, según la dinámica de las oportunidades, de las situaciones y de los requerimientos del contexto. Por ello hay peritos requeridos por una instancia, a la cual se deben y por la cual subsisten, por ejemplo, lo que hace de esta formalidad expresión de autoridad, en términos de institucionalidad. En otras oportunidades, es la propiedad y suficiencia en el manejo del saber, aquello que justifica plenamente la intervención del denominado experto, luego perito.

El ejercicio de la actividad de peritaje social forense amerita una mayor indagación, pues, ya sea su ejercicio por circunstancias o por derecho, como se ejerce tal responsabilidad, están presentes una serie de reconocimientos, así como también de implicaciones y un peculiar juego de variaciones. De ahí que haya distinciones entre el ejercicio del peritaje cuando ocurre por exigencia formal, por lo regular de orden estructural, y cuando ocurre por autoridad, a partir de incidencias de contexto que tienen, además de conocimiento y experiencia, auténtico trasfondo moral.

Conviene, entonces, reconocer que lo relativo al poder está directa y proporcionalmente relacionado con el ejercicio pericial, cuando este está determinado por las eventualidades en las que se precisa la cualificación a partir de la designación formal, de orden estructural, sustentada la designación en la potestad de quien decide. Esto ocurre porque también suele asociarse autoridad con poder, también con ejercicio de deberes y de obligaciones determinados por la nominación de un cargo, en reiteradas oportunidades especificadas en un *vademécum* y en manuales de cargos. Claro está que no se trata de una mera asociación: cualquier ejercicio de autoridad, así como las acciones de interés social, constituyen evidencia de las relaciones de poder que imperan. Como lo advierte Foucault (1992), “la indagación es una forma de saber-poder” así como también es

“el análisis de este tipo de formas lo que nos conducirá al análisis más estricto de las relaciones que existen entre los conflictos de conocimiento y las determinaciones económico-políticas” (p. 88).

Si bien no se niega el sentido de autoridad que tiene el perito, es importante advertir que se presentan circunstancias decisorias en las cuales, quien es cualificado como tal, parece expresar más relaciones de poder que de saber, lo que pone en entredicho el ejercicio formal del peritaje. En estas oportunidades –supuesto negado– se sacrifica el saber a favor del poder y se crean condiciones para que se cuestione el peritaje en el contexto y la oportunidad que se requiera. Al respecto, conviene tener en cuenta que, cuando se confunden poder y saber, el efecto inmediato es de orden ético (Barrera, 2007). Obviamente, puede presentarse la situación en la cual quien es nominado para tal ejercicio, aunque no esté preparado, puede suplir tal eventualidad mediante variadas opciones, entre las que destacan la formación –inexcusable–, el recurso de la asesoría de expertos –recomendable–, la delegación de tareas –necesaria–, en buena medida la sistematización (Barrera, 2009) y, por supuesto, la investigación (Hurtado, 2012).

6. Saber y poder

Sobre lo anterior, es importante precisar que poder y autoridad presentan diferencias significativas, cosa que en el peritaje se hace más evidente. El poder, por ejemplo, implica el dominio, la fuerza, la potestad y la legalidad. El poder obliga, luego, queda obedecer, o de lo contrario, rebelarse. En lo que concierne a la autoridad, esta se expresa como liderazgo, practicidad, conocimiento, eficiencia, influencia, respeto (Hurtado, 2006). La autoridad se vincula más con el ejercicio de liderazgo y con la influencia que se ejerce –en este caso la ejerce el perito– según el conocimiento, experiencia y profesionalismo, más que en el poder que se ostente, aunque la noción de poder se suma a la de saber en forma consecuente, pero en la tesis de Corsi (2000) más como poder del saber que como saber del poder.

Lo formal es que las opciones –autoridad y poder– se encuentren, coincidan, pues de no hacerlo generan traumas, situaciones que desmeritan la actividad, sea del ejercicio de la legalidad o de la praxis de personas y colectividades en las cuales incide el PSF. Cuando ocurre, la coincidencia de estos aspectos hace efecto. Si coinciden saber y poder, entonces, el saber se expone como saber y el poder como expresión auténtica de saber, luego sabiduría (Barrera, 2014). El dilema mayor estriba cuando uno y otro no coinciden, especialmente cuando alguien que ejerce poder no cuenta con saber, lo que hace el ejercicio del poder algo cuestionable, desde el punto de vista de la autoridad, siempre y cuando las decisiones y las acciones impidan de todas maneras que se logren los propósitos de saber más que los de poder. Este último aspecto tal vez no sea el más representativo en variados contextos, debido a los riesgos de estar determinada la designación y las denominaciones, como se ha advertido, por el ejercicio del poder y no necesariamente como expresión del saber.

Bajo la circunstancia de la elección del perito exclusivamente sobre el poder –sin garantía de saber–, se corre el riesgo de que lo realizado sea nulo, nulidad de acto por ignorancia supina del procedimiento y de los saberes. En derecho tal vez este aspecto se soslaye –por la reducción de este a mero ejercicio de *hermeneusis*–, pero en la triangulación propia del PSF este aspecto es crucial, la del saber como orientador del poder, no lo contrario.

Si se apela al sentido ontológico de la autoridad, es importante precisar que la misma se manifiesta en términos de quien está capacitado ética, legal, instrumental y formalmente para ejercer la actividad que corresponde. Cualquier otro ejercicio que incumpla con las características que determinan lo que así se denomina –en este caso, perito y peritaje– evidenciaría grave debilidad, por corresponder *ipso facto* a una aberración ontológica, pues se estaría efectuando algo que por no corresponder a las condiciones de lo que se enuncia, presenta nulidad esencial (A no es A). En el caso de que se ejerza exclusivamente como poder, esto permite apreciar la usurpación, pues poder sin saber y, en consecuencia, sin autoridad, es arbitrariedad. Esto obliga entonces a indagar sobre quién ejerce el peritaje como también sobre quién está calificado para presentarse como perito.

El asunto de la idoneidad profesional, de cargo y de propósito, se resuelve al tener presente que el perito es la persona capaz de efectuar alguna tarea y desempeñar un determinado oficio –bajo requerimiento formal, también legal o según recurso expreso– en condición de idoneidad, oportunidad, suficiencia, practicidad y eficiencia, sin ignorar un intangible de gran valor, la honestidad. Lo anterior hace del peritaje un oficio determinado por los valores. De ahí que la pericia no se improvise: requiere disciplina, formación y, con el transcurrir del tiempo, experiencia determinada por el perfeccionamiento de lo que se hace.

La actividad del perito está determinada por dos aspectos de carácter concluyente, hacia los cuales tiende la gestión de peritaje *a posteriori*: la corrección y, en un caso más determinístico, la anticipación del juicio a partir de las evidencias conclusivas. Para ello se acompaña de métodos y técnicas dirigidas a la indagación, precisión de los eventos, registro y acopio informativo, evaluación, elaboración de reportes y entrega de informes.

La condición de conocedor, por una parte, y la de aparente legalidad de la intervención, por otra, en procesos y en situaciones susceptibles de ser abordados técnicamente en términos del peritaje, no cualifican como perito al interesado en intervenir en condición de tal. Al respecto, es necesario enfatizar que, si bien el perito es un experto, no todo experto es perito. El conocimiento profesional sobre áreas, disciplinas y oficios *per se* no garantiza la condición de perito. Para convertirse en peritos, toca a los potenciales interesados, además, conocer las formalidades del oficio, saber los procedimientos –cuando no instituirlos–, y tener la capacidad de identificar los algoritmos propios de su actividad.

También, implica formalizar protocolos, precisar aspectos relativos a la detección, búsqueda, codificación, procesamiento, análisis y determinación de

información, lo que exige estudio, análisis, práctica, técnica, tecnología y creatividad. El cuidado en el acopio informativo, en el procesamiento de la información, en la elaboración de reportes e informes, por parte del perito, es crucial. Por esto, “el hacer y confeccionar un informe pericial objetivo, coherente, con información triangulada y con sustento teórico, es una responsabilidad significativa” (Alarcón, 2014, p. 74.).

El conjunto de aspectos que precisan la condición del peritaje constituye el rasgo de identidad que cualifica a cada perito. De ahí que se aspire a la calificación, concepto que alude a la determinación en grado de propiedad de una condición cualquiera, en este caso la de perito y, por extensión, la precisión del peritaje y de la condición social del mismo. Esto pasa al concretar ciertos requerimientos, entre los cuales cabe señalar los siguientes: aquellos que desde el punto de vista antropológico remiten a precisiones versadas sobre perfiles profesionales y desde el punto de vista del derecho identifican cualidades naturales y positivas necesarias para el ejercicio del arte de contribuir con la justicia (Hegel, 2022; D’Agostino, 2007); además, la selección de los considerandos que desde el imperativo categórico ayudan a precisar rasgos inherentes al orden ético y moral (Kant, 2022), entre otros aspectos de singular importancia.

Ante esto, cabe recalcar tres aspectos relativos a la actividad del perito social forense, como son: 1) la tríada identidad, personalidad y disposición; 2) el conjunto de aptitudes compuesto por conocimiento, práctica y experticia; y 3) criterios para la formalidad del quehacer destinados a la certificación, la correspondiente acreditación y el necesario reconocimiento institucional.

CONCLUSIONES

El desarrollo de la actividad científica en torno a los objetivos del estudio permite precisar que el PSF corresponde a una preocupación referida a la administración de la justicia destinada a favorecer el involucramiento de variados sectores en el estudio de casos dilemáticos y, en consecuencia, a facultar la mejor toma de decisiones que en nombre de la justicia corresponde hacer. A su vez, la actividad analítica cumplida en el marco de la investigación permite ratificar que el PSF fortalece una visión sociológica y situacional de los problemas y los procesos, en aras de conseguir una mayor eficiencia y, especialmente, un mejor logro en la manera de hacer justicia. Asimismo, permite corroborar que el PSF tiene que ver con prácticas científicas que avalan el quehacer ético y, por supuesto legal, se cumplen en torno al propósito de la justicia. Si bien el PSF se apoya en las formas positivas de la ciencia, a su vez se alimenta de variados afluentes epistemológicos, como el existencialismo, el humanismo y el sociologismo cultural.

Se favorece el propósito general del PSF mediante la ampliación del espectro de participantes en la actividad judicial –peritos, interlocutores, afectados, protagonistas, expertos, dirigentes, líderes, profesionales, colectividades– al tiempo que se potencia la actividad decisoria, pues, en parámetros tradicionales, la administración de la justicia tiende a reducirse a una confrontación entre afectados

y jueces $-(J(p^q))$, donde J es justicia. Esto revela que la suerte de binarismo tradicional, en el caso del PSF, puede sufrir una transformación significativa $-(PSF(p^q^r))$, donde r es la tercería mediadora expuesta en el presente desarrollo. Por supuesto, en múltiples oportunidades se cuenta con la intervención de profesionales del derecho, cuya vinculación suele tender a una postura marcada por el propósito interpretativo-hermenéutico, cuando no la primacía de un interés argumentativo-retórico, ni se diga un trámite eminentemente procedimental y legalista-pragmático. Estas precisiones no impiden reconocer que esta mediación es un esencial derecho.

Al contarse con la posibilidad de involucrar a otros sectores interesados en el propósito de la administración de la justicia, se está ante la opción de contar con ayudas significativas derivadas del uso de las pruebas. Unas favorecen la explicación de los hechos, otras permiten el estudio de las motivaciones y las intencionalidades, de igual manera que otros aspectos complementarios coadyuvan en las decisiones. Estas circunstancias exigen precisar criterios, instituir protocolos y diseñar métodos de acercamiento y de estudio de los acontecimientos a fin de instrumentar formalidades requeridas para el conocimiento de los casos, sujeto todo lo anterior a la revisión y a las respectivas actualizaciones.

El PSF obliga a un cambio de la percepción de la justicia, de su administración. Abre un espectro de vinculaciones de personas, profesionales y de instituciones, interesados en los dilemas, en los problemas y, por supuesto, en las soluciones oportunas y justas. En medio de estos aspectos emerge la potencial tesis de liderazgos transformacionales la cual “plantea la innovación, la gestión efectiva, la administración, además de avanzar hacia la interacción ética entre el sistema judicial y los diversos actores vinculados a sus procesos” (Carpio Ramírez y Rodríguez Cairo, 2022, p. 3). Sin embargo, es importante tener en cuenta que los riesgos son grandes, razón por la cual corresponde a las instancias comprometidas diseñar procesos e instituir modalidades, con una buena base didáctica. De igual manera, toca a los interesados en esta praxis de los conciertos judiciales involucrarse en una actividad de preparación, estudio y formalización, en aras del propósito fundamental de estas y otras acciones: favorecer la justicia y honrar esta perspectiva en el compromiso y en las acciones.

Expuesto lo anterior, queda reconocer que el PSF constituye una importante posibilidad jurídica, también antropológica y social, con miras a precisar las formas de administrar justicia, según la demanda de inserción, democratización, claridad y pertinencia. A su vez, el PSF se presenta como una opción oportuna en torno a los llamados sociales, culturales y políticos que reclaman mayor transparencia, claridad y oportunidad en lo atinente a la administración de justicia. Como corolario de este enunciado, tal y como corresponde a los presupuestos iniciales del presente estudio, el PSF exige profundizar en cuanto a la claridad conceptual de los aspectos medulares del quehacer de este potencial sistema de hacer justicia, así como también la determinación metodológica de los procesos administrativos judiciales y la precisión de procedimientos, instrumentos y legislación a su favor, entre tantos otros aspectos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alarcón Henríquez, O. y Salcedo Horta, M. (2014). Metodologías, teorías, técnicas e instrumentos en el informe pericial social. *Revista Electrónica de Trabajo Social*, 11, artículo n° 6.
- Barrera Morales, M. (2014). *Ser y poder*. Quirón.
- Barrera Morales, M. (2019). *Sistematización de experiencias y generación de teorías*. Quirón.
- Barrera Morales, M. (2007). El poder de la ética o la ética del poder. *Lógoi: revista de filosofía*, N°. 11. Universidad Católica Andrés Bello.
- Corsi, C. (2014). *La liberación*. Universidad La Gran Colombia.
- Del Carpio Ramírez, R. J., y Rodríguez Cairo, V. (2022). Liderazgo transformacional: Aspectos éticos para la gestión y administración de la justicia. *Revista De Filosofía*, 39(101), 287 - 297. <https://doi.org/10.5281/zenodo.6764511>
- D'Agostino, F. (2007). *Filosofía del derecho*. Universidad de La Sabana.
- Hegel, G. [1871] (2022). *Filosofía del derecho*. Akal.
- Honores Ortega, B., y Quizhpe Oviedo, J. (2019). El peritaje desde la perspectiva del trabajo social. *Conrado*, 15(68), 267-274. Recuperado el 12 de octubre de 2022, http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-86442019000300267&lng=es&tlng=es
- Hurtado, J. (2014). *Metodología de la investigación*. Quirón.
- Hurtado, J. (2013). *Procesos grupales y psicología de la integración*. Quirón.
- Foucault, M. (2002). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa.
- Kant, I. [1785] 1989. *La metafísica de las costumbres*. Tecnos.
- Lucena Molina, J., Escola García, M., y Pardo Iranzo, V. (2011). Elementos para el debate sobre la valoración de la prueba científica en España: hacia un estándar acreditable bajo la norma ISO 17.025 sobre conclusiones de informes periciales. *Revista Internacional de Estudios del Derecho Procesal y arbitraje*, 2., artículo 2. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4403236>
- Marcón, O. (2016). La especialización en Trabajo Social Forense: urgencias desde la intervención. *Katálysis* 19(3), pp. 413-420. <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/issue/view/2472>
- Maritain, J. (1980). *Humanismo integral*. Carlos Lohlé.
- Maritain, J. (1969). *Principios de una política humanista*. Difusión.
- Markowski Aranda, E. (2020). Aspectos ético-jurídicos de la intervención del trabajador social en la acción de peritaje social. [Trabajo final de Diplomado, Universidad Mayor de San Simón]. <http://hdl.handle.net/123456789/21139>

- Moreno González, R. (2013). *Sherlock Holmes y la investigación criminalística*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, Inacipe.
- Picó, J; De Mirada Vázquez, C. (2017). *Peritaje y prueba pericial*. Universitat Oberta de Catalunya.
- Quintero Velásquez, A. (2010). Trabajo Social en los nuevos escenarios de infancia, adolescencia y familia. *Revista Perspectivas*, 21. <http://ediciones.ucsh.cl/ojs/index.php/Perspectivas/article/view/443/393>
- Rico, J., y Salas, L. (2014). *La administración de justicia en América Latina. Una introducción al sistema penal*. Caj, Centro para la Administración de Justicia. Universidad Internacional de la Florida.
- Tomasi, N. (2010). *Peritaje judicial informático*. Magatem.
- Unzaga, M. (2016). No tan elemental, Sherlock. Una crítica criminalística a Sherlock Holmes. *Revista Skopein: la justicia en manos de la ciencia*, 12. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5559745>

LEX POETELIA PAPIRIA (326 a.C.) COMO TRANSFORMACIÓN DE LA OBLIGACIÓN PENAL Y CORPORAL EN PATRIMONIAL

Bartolomé Gil Osuna
Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ibarra
bagil2@pucesi.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-0128-2030>

Carlíx de Jesús Mejías
Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ibarra
cdmejias@pucesi.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-4842-0755>

Pedro Mauricio Arias Romero
Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ibarra
pmarias@pucesi.edu.ec
<https://orcid.org/0001-0001-7407-0296>

Amparo del Carmen Erazo Clerque
Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ibarra
aderazo@pucesi.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-0962-3269>

Fecha de recepción: 4 de julio de 2022
Fecha de aceptación: 13 de octubre de 2022
Fecha de publicación: 15 de diciembre de 2022

Resumen

La *obligatio* romana contenida y definida en las Institutas de Justiniano y en el Digesto ha dado lugar a un amplio estudio llevado a cabo por la pandectística romana sobre su proceso evolutivo desde la promulgación de la *Lex Duodecim Tabularum* que reguló un procedimiento bárbaro y violatorio de los derechos humanos del deudor. Esta investigación analizó la transformación de la *obligatio* arcaica y sometida a las formalidades *per aes et libram* del *nexum*, con imposición de sanciones que recaían en el cuerpo y libertad del deudor, hacia un procedimiento patrimonial gestado por la sanción de la *Lex Poetelia Papiria* que, según Tito Livio, significó una nueva libertad para los plebeyos. La metodología debidamente planificada, permitió la utilización de un enfoque cualitativo con un nivel de profundidad exploratorio descriptivo, y de métodos como el histórico dialéctico y el analítico sintético, lo cual facilitó el estudio desmembrado de las instituciones jurídicas. En todo caso, en esta revisión documental, se infirió que la *Lex Poetelia Papiria*, efectivamente marcó el momento en que la *obligatio* corporal y personal, derivada del derecho penal, se innova en una obligación cuyo *vinculum iuris*

afecta, ahora, en primer término, el patrimonio del deudor que, posteriormente, con el devenir de los siglos, estuvo sujeta a un procedimiento ejecutivo patrimonial, guiado por los *arbitria bonae fidei*, representado por la *bonorum venditio* como venta en masa de los bienes del deudor insolvente.

Palabras clave: *Obligatio*, deudor remiso, procedimiento patrimonial, *Lex Poetelia Papiria*, corporal.

Abstract

The Roman *obligatio* contained and defined in the Institutes of Justinian and in the Digest has given rise to an extensive study carried out by the Roman Pandectism on its evolutionary process from the promulgation of the *Lex Duodecim Tabularum* which regulated a barbaric procedure that violated the human rights of the debtor. This research analyzed the transformation of the archaic *obligatio*, subjected to the *per aes et libram* of the *nexum* formalities with the imposition of sanctions that fell on the body and freedom of the debtor, towards a patrimonial procedure generated by the sanction of the *Lex Poetelia Papiria* which, according to Titus Livy, meant a new freedom for the plebeians. The methodology, duly planned, allowed the use of a qualitative approach with a descriptive exploratory level of depth, and methods such as the dialectical historical and synthetic analytical, which facilitated the dismembered study of the legal institutions. In any case, in this documentary review, it was inferred that the *Lex Poetelia Papiria* effectively marked the moment in which the corporal and personal *obligatio*, derived from criminal law, was innovated into an obligation whose *vinculum iuris* now affects, first and foremost, the debtor's patrimony. Later, with the passing of the centuries, it was subject to a patrimonial enforcement procedure, guided by the *arbitria bonae fidei*, represented by the *bonorum venditio* as a mass sale of the insolvent debtor's assets.

Key words: *Obligatio*, defaulting debtor, estate proceeding, *Lex Poetelia Papiria*, corporal.

INTRODUCCIÓN

El estudio de las fuentes de las obligaciones romanas *-causae obligationum-*, evidencia que estas cruzaron una larga evolución que se extiende desde la embrionaria sociedad monárquica romana hasta la floreciente época clásica, en la que la *obligatio*¹ se consolida como un constructo jurídico con características muy peculiares a las de cualquier pueblo antiguo. Ya en la época clásica, *obligatio* fue

1 El sustantivo latino obligare es bastante antiguo; es posible que los etruscos lo hayan utilizado. Aparece en las comedias de Plauto, en particular en la comedia *Captivi* (Pérez, 2013), que recoge consideraciones generales sobre los elementos jurídicos romanos y áticos en el teatro latino, y significa -atar, amarrar, anudar-. Además, como asevera Rodríguez-Ennes (2010), se podía entender desde dos puntos de vista: "obligare rem, 'atar una cosa', 'darla en garantía' y obligare personam, 'imponer un deber a una persona'" (p. 693). Luego y, en contraste, con obligare surge el sustantivo latino obligatio, que es mencionado, por primera vez, por Cicerón en *Ad Brut*, 1, 183.

un término jurídico bastante conocido y refiere a una concepción unitaria como forma indiferenciada de garantía² -sin que se distinga que la sujeción material tenga por objeto una persona, *obligatio personae*, o una *res*, *obligatio rei*- para el veraz cumplimiento de cierta prestación.

Las fuentes enseñan que los romanos para referirse a la idea de obligación en el *Ius Quiritium*, utilizaban el vocablo *nexum*³, al hacer alusión al medio o negocio jurídico más antiguo para crear obligaciones. Probablemente, la primitiva sociedad romana, sin una fuerte actividad comercial, no necesitaba de garantías reales, debido a que esta protección para el acreedor era suficiente con las garantías personales, entre ellas, la *sponsio* o la *fideipromissio*, basadas en el principio quirite del respeto a la palabra del deudor, considerada sagrada (Díaz Bautista, 2010). No obstante el contrato verbal del *nexum* fue una forma de garantía real que recaía en el *corpore obligatus*, como una especie de *nexum immobiliare*⁴.

Al plantear esta investigación, en la que se quiere evidenciar el origen penal de la obligación, se confirma que esta institución jurídica ostenta, en la Roma antigua, varias fuentes y no, necesariamente el contrato como fuente primaria y genuina de la obligación. Esto obedece a que en Roma no era concebible que alguien dimitiera o renunciara al derecho de libertad del que gozaba, por ser ciudadano romano, para entregarse como *servus* a favor de otra persona. Pero el deudor remiso, es decir, quien no cumplía con la obligación de pagar a tiempo, se convertía en una especie de *captivitas*, valga decir, de prisionero por deudas, con lo que se proclamaba el *dominium* o propiedad del cuerpo del deudor y de su *patrimonium* a favor del acreedor, quien generalmente era un patricio. Por ello, se entiende, casi de manera unánime, que, en la época arcaica, no era preciso hablar estrictamente de *obligatio* o de *actio*, sino, preferiblemente, de relaciones de poder -*mancipium* (*manu capere*)-, en las que al deudor se le vulneraban todos sus derechos humanos, sin posibilidad de lograr salir de esta precaria situación, en la que el plebeyado sumido en las deudas era inducido a esta frágil condición jurídica.

Del texto del profesor italiano Bonfante (1959), se desprende que el concepto de obligación debió haber aparecido, probablemente, en el campo de los delitos -*de delicti*-, en el que la responsabilidad penal implica el ineludible sometimiento del infractor, quien quedaba *obligatus*, valga decir, sometido a la víctima. Tanto el ladrón como el que pide prestado, quedan obligados con su propia persona, como

2 Entre ellos el clásico De Ruggiero (1930), quien señala la caracterización prendaria de la obligación, que generalmente derivaba de ocasionar un daño a otro y no repararlo.

3 Entre varias teorías que explican el origen del *nexum*, un segundo grupo de juristas, representados por Niebuhr (1830), Maynz (1913), Bonfante (1959) y Perozzi (1949), indican que este contrato verbal antiquísimo tiene un origen accesorio para garantizar una obligación. De esta manera el *nexum* se realizaba a través de una automancipatio, o de una mancipatio fiduciaria, subordinada al incumplimiento de la obligación por parte del deudor, como expone Carames-Ferro (1953).

4 Esta idea no es muy acertada, o al menos tuvo poca duración en el tiempo, ya que en el siglo II d.C., Pomponio 11, ad Sab., afirmaba en un fragmento que los compiladores justinianos insertaron, como regula iuris antiqui, en D. L.17.25, que era más garantía la real que la personal: Plus cautionis in re est quam in persona.

una especie de atadura del *corpus* -*corpus obnoxium*- respecto del acreedor. Más que tener un significado patrimonial, la obligación implica *ipso iure* un sometimiento personal -*obligatio personae*-. *Verbi gratia*, quien causa un daño corporal, fractura de un hueso -*membrum ruptum*- a un ciudadano romano o a un esclavo⁵ o celebra un préstamo de dinero, tomando en cuenta las formalidades *per aes et libram*⁶ del *nexum*, crea una dependencia de carácter físico entre acreedor⁷ y deudor.

Al justificar una investigación histórico-jurídica como esta, se parte de la idea de considerar relevante comprobar hasta qué punto la evolución de la obligación romana determinó que era esencial la patrimonialidad como requisito obligatorio de la *praestatio* en el marco del derecho privado romano, lo cual constituyó una transformación favorable a la condición del deudor insolvente, al permitir, en virtud del contenido jurídico de la *Lex Poetelia Papiria*, que el *debitor* pagara con sus bienes -*bona, pecunia, patrimonium*- y no con su cuerpo o libertad como lo expresaba la formalidad *per aes et libram* del *nexum*.

METODOLOGÍA

Como punto de partida metodológico, se consideró que la *Lex Poetelia Papiria* se instaura en la Roma republicana para mitigar los efectos inhumanos que traía consigo el *nexum* para el deudor remiso, por lo que en esta indagatoria se empleó un enfoque cualitativo al estudiar la *obligatio* como constructo jurídico que sufre una larga evolución, de la que se recolectaron vestigios indispensables para la obtención de datos necesarios para la investigación. Con un alcance descriptivo se hizo un acercamiento a institutos jurídicos relativamente desconocidos, como el alcance jurídico de esta *Lex*, el cambio que sufre la *obligatio* desde una postura eminentemente corporal hacia un contexto patrimonial, que mereció una revisión más compleja y con mayor profundidad que la hecha en los *syllabus* de la asignatura de Derecho Romano.

Por la complejidad de la investigación, se empleó el método histórico dialéctico, al considerar la transformación de la *Lex Poetelia Papiria* en un contexto jurídico, histórico, social y político en constante movimiento y en evolución perenne, que debió iniciarse en la Roma *urbe ab condita*, desarrollada desde su fundación en el año 754-753 a.C. como sociedad embrionaria hasta la cristalización de las instituciones jurídicas romanas de la época clásica (S. I al III d.C.), confrontadas con el progresivo desarrollo del *ius civilis* o derecho civil exclusivo de los ciudadanos romanos, en contraste, con el *ius gentium* o *ius praetorium* como derecho de los extranjeros o peregrinos, siendo un derecho menos formal y solemne, evidenciándose, una

5 Es de recordar que la iniuria sufrida por el esclavo, en palabras de Pugliese (1941), “fue por primera vez tomada en consideración en un especial Edicto del Praetor, el Edictum de iniuriis quae servis fiunt” (p. 11).

6 Es un negocio solemne, formal, de derecho civil, realizado de manera verbal, mediante el cual se realizaba el negocio deseado por las partes con el pronunciamiento de determinadas fórmulas verbales, frente a testigos idóneos, con la utilización de la balanza (libra) y de un pedazo de bronce (aes).

7 Se debe recordar al respecto que Gayo, en sus comentarios al Edicto Provincial (D. L.16.11), afirma: “Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex quilibet causa debetur” (“no solamente son llamados acreedores los que prestaron dinero, sino también todos aquellos a los que por cualquier causa se les debe”).

vez más, la importancia de la Historia del Derecho *-historia nuntia vetustatis-*. Hubo la necesidad de recurrir también al método analítico sintético, como proceso intelectual inminente para el análisis separado de las instituciones jurídicas y lograr la reconstrucción sucinta del acontecimiento histórico que significó concebir la *obligatio* desde un punto de vista más humano, aplicado a los bienes del deudor y no a su cuerpo o libertad, lo que conllevó a un procedimiento judicial en contra de los bienes del deudor y, permitió que no se vulnerara su dignidad humana y se fueran garantizando progresivamente sus derechos humanos.

La sumisión en la historia progresiva de los derechos de la plebe romana conllevó una exhaustiva revisión documental, que implicó examinar la doctrina clásica o pandectística del derecho romano en textos, artículos científicos, fuentes documentales genuinas y repositorios jurídicos, para precisar la pasmosa rigurosidad de la legislación *decenviri*, es decir, la legislación plasmada en la Ley de la XII Tablas del año 450 a.C., para todos aquellos deudores insolventes que, frente al incumplimiento de la obligación, se veían sometidos a un *corpus obnoxium*⁸ favorable al acreedor, quien ostentaba un poder absoluto sobre el cuerpo del deudor, pudiendo disponer de él como lo considerara más adecuado, según la Ley de las XII Tablas.

Del análisis histórico documental efectuado, se evidenció, la ineludible fuerza generada por el vínculo persona de la obligación *-vinculum personae-*, al cual hace alusión Biondi (1956), establecida entre el *debitor* y el *creditor* en el *ius quiritium* o derecho primitivo romano como efecto del surgimiento de una *obligatio*, generalmente, derivada de un daño causado a otro, que se convertía en una ligadura personal *-obligatio personae-* que fue perdiendo su efecto jurídico a medida que la sociedad romana y sus instituciones crecían. En este contexto, se advierte que, del estudio de las fuentes obligacionales, según opiniones difundidas por la pandectística, fue necesaria una progresiva evolución de estas, que seguramente, se inician en el campo delictual, ya que no requerían de una cultura jurídica difundida en la sociedad, como sí era necesario en el ámbito contractual. La obligación se generaba por el daño ocasionado a una persona, el cual debía ser reparado por el sujeto activo de este, quien se convertía en una especie de deudor frente a la víctima, pagando con su propio cuerpo o libertad; lo que significaba una violación de sus derechos humanos al no permitírsele pagar con sus bienes, es decir, de manera patrimonial.

En el derecho primitivo, asegura Solarte (2004), las consecuencias que se presentaban con ocasión de la comisión de un delito, en un principio, fueron entendidas dentro del campo religioso como una venganza divina⁹. Los Colegios de los

8 Situación severísima en la que se encontraba el deudor al incumplir la obligación en el tiempo convenido, que facultaba al acreedor a disponer del cuerpo del deudor o de su libertad y que lo imposibilitaba para seguir trabajando o produciendo para saldar la deuda, ya que se sometía a una especie de semi-esclavitud por deudas.

9 Se imponía al ofensor un *piaculum* como ofrenda propicia para aplacar la ira deorum, como indica Torrent (2015). Algunas fuentes, de tiempo de Augusto, dejan entrever que a veces el *piaculum* no era suficiente ante conductas delictivas más graves *-scelus inextinguibile-* imponiendo al ofensor pagar su culpa con su propia persona ofrendada a los dioses romanos *-consecratio capitis-* aplacando su muerte la ira divina, y a veces se adicionaban todos sus bienes *-consecratio capitis et bonorum-*.

Pontífices¹⁰ consideraban que los dioses fungían como verdaderos árbitros al imponer las sanciones, según la gravedad del acto ilícito. Como sostiene Ortega, el delincuente o sujeto activo era “la víctima de la expiación” (1988, p. 23). Una vez superada esta mixtura entre el *ius* y el *fas*, es decir, entre el derecho civil humano y el derecho religioso, -en una época en que la religión embebía profundamente el Derecho-, este elemento religioso permitió el carácter corporal de la pena, pudiendo, en algunas oportunidades el acreedor encadenar al deudor que no cumplía con su obligación, para hacerlo responsable con su propio cuerpo, en *addictio debitoris*, sometimiento corporal, como lo expone la Tabla II, intitulada *de iudiciis* o -de los juicios-, de la Ley de las XII Tablas -*Lex Duodecim Tabularum*-, recogida en el Cuadro 1:

Cuadro 1.

Procedimiento para el deudor remiso, Tabla II -de iudiciis-

Tabula III

1. Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt.
2. Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito.
3. Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne maiore, aut si volet minore vincito.
4. Si volet suo vivo. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet plus dato.
- 5 (Aulo Gelio, 20 I 46:) Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent habebantur in vinculis dies LX. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertiis autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant.
6. Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt ne fraude esto.

Tabula III

Confesada la deuda [en dinero] y juzgadas las cosas en derecho, haya un plazo legal de 30 días. Luego, que se le prenda. Lévese al tribunal ante el magistrado que regirá el litigio. Si no cumple lo sentenciado ni nadie lo avala ante el tribunal, que lo lleve consigo [el acreedor], lo ate con cuerda o con cadenas de, como máximo, 15 libras o si quiere, de menos. Si lo quiere, viva de lo suyo. Si no, el que lo tiene encadenado le dará una libra de grano al día. Si quiere, le dará más. Sin embargo, aún quedaba el derecho a avenirse y, si no, lo tenían encadenado sesenta días. Durante ellos, por tres mercados seguidos, se le llevaba al comicio ante el pretor y se anunciaba la cuantía de su condena. Al tercer mercado se ejecutaban las penas capitales o iban a venderlo al otro lado del Tíber, como extranjero. Al tercer mercado, que se corten los pedazos. Si no resultan iguales no sea fraude.

Nota: Celestino (2018) *Lex Duodecim Tabularum*.

El significado simbólico de este procedimiento, al cual hace referencia Aulo Gelio, al comentar que “no tiene noticias de que medida tan bárbara hubiera sido nunca llevada a la práctica” (Aulo Gelio, 2001, pp. 48-52), permite concluir que en el antiguo derecho romano la sanción que se imponía al incumplimiento de la *obligatio* da la idea de castigo, de severidad corporal. Autores como Bonfante (1959), Arangio Ruiz (1964), Iglesias (1972), entre otros, discurren que el origen de la *obligatio* se encuentra confundido con el derecho penal y que este castigo, del cual hace referencia la Ley Decenviral del año 450 a.C., es parte de la evolución de la pena en el campo delictual.

La concepción religiosa de la penalidad dio paso a la institución de la *venganza privada*, según la cual la persona lesionada podía hacer justicia por

¹⁰ Sin duda, el aspecto religioso fue fundamental en la vida del pueblo romano, como en todos los pueblos de la antigüedad, como analiza ampliamente Fustel de Coulanges (1999). Particularmente en Roma, dice Gil-Osuna (2020), la religión estuvo estrechamente ligada a la vida institucional del Estado. Los representantes del culto formaban parte de la organización política de la ciudad y tenían carácter de magistrados: El Rey fungía como Pontifex Maximus y para asuntos religiosos se auxiliaba en los patricios con dignidades sacerdotales que componían el Colegio de los Pontífices, de los Augures y de los Feciales.

sus propios medios, “causando otro daño al agresor” (Oderigo, 1973, p. 340), sin intervención directa del Estado y, pudiendo infligir, lícitamente, al ofensor un daño igual o superior al sufrido. En tal virtud, Von Ihering (2001), afirma lo siguiente:

la venganza privada como justicia privada no conoce otro límite que el grado puramente accidental y arbitrario de sobreexcitación del individuo ofendido, que en lugar de oponerse a la fuerza de la injusticia no hace más que duplicarla, añadiendo a la que ya existe una injusticia nueva (p. 95).

Con firmeza se afirma que esta justicia privada *-privata vindicta-* cedió su puesto a la ley del orden jurídico, para evitar el caos social imperante, lo cual explica los ligeros y aislados vestigios¹¹ de esta era antiquísima del derecho romano. Los legisladores de la Ley de las XII Tablas, conscientes de la crudeza de esta venganza privada¹², impusieron una limitación a esta amplia libertad de venganza, que fue la Ley del Talión o *lex talionis*, principio jurídico de justicia retributiva en el que la norma imponía un castigo que se equiparaba con el crimen cometido. Esta ley no sólo hace referencia a una pena equivalente, sino también a una pena idéntica. El adagio más famoso con el cual se la conoce es “ojo por ojo, diente por diente”¹³ (Éxodo, 21:23-25) aparecida en el Éxodo veterotestamentario como regla del *par pari refertur*¹⁴, o como castigo por reciprocidad.

El *Ius Quiritium* vigente en la época monárquica dejaba a iniciativa de los particulares las ofensas recibidas, abandonando su punición a la venganza privada; en definitiva, primaba la Ley del Talión, en ocasiones atemperada por “un rescate económico” (Manfredini, 1977, p. 72), el *wehrgeld*¹⁵ establecido y reglamentado por la ley y la costumbre entre las tribus guerreras de Germania, recuerda Melchor y Lamanette (1877), lo que demuestra el carácter personal y corporal de la pena. Solo en los pocos casos en que el daño causado constituía una vulneración de

11 Estos rasgos históricos o vestigios son: “El marido que sorprende in fraganti al cómplice del adulterio lo mata en su legítima cólera, el derecho posterior le asegura la impunidad ante este evento; la legislación decenviral permite dar muerte al ladrón que delinque durante la noche, y hasta durante el día si procura defenderse: en ambos casos se adjudica a la víctima el ladrón aprehendido in fraganti -furtum manifestum- como adjudicatus (Gayo, III, 189); para ciertas lesiones corporales -membrum ruptum- la ley se pronuncia en la aplicación de la Ley del Talión” (Rein, Kriminalrecht, citado por Von Ihering, p. 36)

12 Las penas corporales, la muerte entre ellas, se imponían en la comisión de delitos más graves, como los incendios provocados intencionalmente en la agricultura, castigados con la crematio. La muerte, expresa Solarte (2004), “podía ser provocada de diversas maneras, dependiendo del delito de que se tratara y podía consistir en la decapitación con hacha, el ahorcamiento, el lanzamiento del reo desde la roca Tarpeya...” (p. 699).

13 El Pentateuco de la Biblia lo repite “vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, herida por herida, hueso por hueso, cardenal por cardenal” (Éxodo, 21: 23-25; Levítico, 24:18-20; Deuteronomio, 19: 21). Este principio de reciprocidad exacta en la pena fue utilizado con bastante claridad según el contenido jurídico-religioso del Código de Hammurabi (1792 a.C.)

14 Regla de conducta que significaba en el derecho antiguo hebreo el pagar de la misma forma con lo que se ha recibido, el devolver con la misma moneda.

15 Voz alemana que, en derecho germánico, dentro de la composición y en el proceso de atenuación de la venganza privada, significaba la cantidad de dinero y otros bienes que el agresor o los suyos entregaban a la víctima o a sus parientes, según escalas fijadas (Enciclopedia-jurídica.com)

la *pax deorum*¹⁶ reaccionaba el pueblo romano -*populus romanus*- por sí mismo contra el reo, para apaciguar la ira divina y restaurar las metódicas relaciones entre hombres y dioses. Esta compensación que se podía proponer entre la comisión de un delito, de carácter privado, y el pago de una suma de dinero, se le denominó *composición voluntaria*, la que se entablaba entre el ofensor y la víctima para reparar pecuniariamente el valor del daño causado.

Ineficientes fueron los resultados positivos de esta *compositio*, pues la víctima abusaba en sus exigencias, al no ser equivalentes al daño sufrido. Esto dio lugar a que el Estado interviniera en la administración de justicia, ya que ahora le correspondía a la comunidad fijar el monto por reparación del daño causado, denominándose *composición legal*. Se trata del acto que se realizaba cumpliendo estrictamente las formalidades del *negotium per aes et libram*, mediante las cuales el ofensor -*debitor*- se obligaba frente a la víctima -*creditor*- a pagar en un tiempo determinado, y en caso de incumplimiento comprometía su propia persona en garantía del crédito, de acuerdo con las formalidades del *nexum*¹⁷ y de la *mancipatio*.

De ello resultó indubitadamente que, en el curso de las luchas entre las dos clases sociales, el *nexum* terminara por convertirse en un arma que el patriciado utilizó para asegurar firmemente su predominio social sobre la plebe:

La situación de la plebe no había mejorado notablemente a pesar de las reformas de Tarquino el Antiguo y de Servio Tulio. Los plebeyos continuaron excluidos de los cargos públicos y religiosos y del disfrute de los más elementales derechos. El monopolio patricio, sobre todo del ager publicus, constituía un privilegio irritante que culminó en una sangrienta contienda. Las leyes crediticias, además, resultaban insoportables para los plebeyos, pues, compelidos a prestar el servicio militar (...) no podían dedicarse al cultivo de las tierras, (...) por lo que recurrieron a los patricios en busca de obtención de créditos. Estos compromisos contraídos, en situación desigual, no podían ser cumplidos puntualmente, lo cual dio lugar a que los patricios los hieran responsables de su propio cuerpo o con su libertad. (Gil-Osuna, 2020, p. 123)

Este es el contexto social de la Roma del siglo V a.C., cuando los plebeyos protagonizan una cruenta lucha social (año 494 a.C.) en pro de los mismos derechos y oportunidades que ostentaban los patricios. Paralelamente, la *obligatio* también seguía su curso hacia un proceso judicial más benéfico y ecuánime para el *debitor*, que difícilmente podía sobrevivir a los compromisos crediticios que lo agobiaban. El derecho decenviral debió tomar un destino distinto del compromiso corporal hacia la humanización de la pena¹⁸ para convertirla en un procedimiento ejecutivo

16 La religión romana, como pilar fundamental, se articula en torno al cultus deorum, el culto a los dioses. Cuando estos se encuentran en un estado de equilibrio con la sociedad romana, afirma González (2020), el devenir de los acontecimientos es propicio para Roma. La impiedad quiebra el orden cósmico y rompe la pax deorum, la paz de los dioses y para restablecerla aquella ha de ser identificada y expiada.

17 Equivalía a una verdadera condena contra el deudor que autorizaba al acreedor para usar contra él, una vez vencida la deuda, la damnatio pronunciada y proceder al final del plazo legal de treinta días al ejercicio de la legis actio per manus iniectionem, en la que en caso de falta de pago o de la presentación de un vindex o fiador, concluía con la conducción del deudor a la prisión privada o doméstica del acreedor por un nuevo plazo de sesenta días (Carames-Ferro, 1953).

18 Como la percibe Ferrajoli (1995) proveniente del garantismo, esto es “de la tutela de los derechos fundamentales, aún contra los intereses de la mayoría: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad

de carácter patrimonial, lo que se inicia con la promulgación de la *Lex Poetelia Papiria* del año 408 de Roma, es decir, el 326 a.C.

DISCUSIÓN

De la revisión documental se deja entrever que la promulgación de la *Lex Poetelia Papiria*, (s. IV a.C.), obedece a múltiples razones. No obstante, se quiere precisar que el *carácter obligacional* prevalece en la doctrina romanística, debido a que el *nexum*, representa, entre las diversas instituciones del *ius quiritium*, la más repugnante e indignante al derecho de igualdad que debe existir en la sociedad, como bien se reflejaba en la *polis* griega¹⁹. En Roma solo la clase plebeya soportaba los rigores y consecuencias de la *negotiorum nexi*, valga decir, las crueles consecuencias del *nexum*; por el contrario, el patriciado era privilegiado y difícilmente incurría en insolvencia, ya que, al ser miembros de la *gens*, podían ser auxiliados económicamente por los demás miembros.

La metamorfosis institucional de la *obligatio* que conlleva a constituirse como un *iuris vinculum*²⁰, que, tendría lugar con el surgimiento de la *Lex Poetelia Papiria* que dejó sin efecto el negocio verbal del *nexum* (Rodríguez-Ennes, 2010). Las circunstancias que provocaron el advenimiento de esta *Lex* en el seno romano son informadas por el historiador latino Tito Livio, en tiempos de Augusto, quien relata de manera dramática:

Un joven de óptima familia, debido a la situación económica desastrosa de su padre, fue constreñido a caer en manos de un usurero; éste, vicioso y privado de escrúpulos, intentó estuprar al deudor nexus (es decir, al hijo), ut florem aetatis fructum adventicium crediti ratus; y frente a su desdén y a su resistencia optó por desnudarlo ferozmente. La víctima denunció a su libidinoso acreedor. Por todo ello, suscitó la indignación de los presentes ante la injuria sufrida, quienes lo acompañaron tumultuosamente a la curia, llamando a los cónsules, impetrando su intervención. (Cap. 28, Libro VIII)

De este crudo acontecimiento surgen, como consecuencia, dos medidas, arbitradas por los magistrados y el senado, de manera unánime: la primera, medida de seguridad y policía, consistente en la detención y encarcelamiento del usurero, que atentó a la *pudicitia*²¹, y, como segunda providencia, una propuesta de ley que

de las prohibiciones y de los severos castigos, la defensa de los más débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado" (p. 335).

19 Ninguna proposición de las polis helénicas es tan poderosa como el descubrimiento de la isonomía, esto es, de acuerdo a Alponete (2012), la igualdad ante la ley, el fundamento mismo de la democracia, la convivencia vinculada al Derecho, a la Ley, que predominaba en la Atenas helénica. Ya que según se desprende de lo dicho por Tito Livio (3,31,8) y Dionisio de Halicarnaso (Ant. Rom., 10.51.5), los romanos se informaron muy bien del derecho que regía las ciudades de la Magna Grecia.

20 "Obligatio es iuris vinculum quo necessitate adstringimur, alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura" (Institutas, de obligationibus, III, 13.), que traduce: "La obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe en la necesidad, de pagar alguna cosa, según el Derecho de nuestra ciudad" (Gutiérrez-Alviz, 1982, p. 496).

21 Como insiste Valerio Máximo, es un memorable atentado a la castidad e inocencia de un menor, Fact. Et dict. Mem. Libri, 6,1,9.

culminó con la promulgación de la *Lex Poetelia Papiria*, que trajo como beneficio al deudor, la canónica abolición de la ejecución *in personam* por deudas. Esto significó la abrogación del *nexum*, dotando de verosimilitud el pasaje de Tito Livio que expresa: “*pecuniae creditae bonae debitoris, non corpus obnoxium esset*”, al que sigue el inciso “*ita nexi soluti*” (Tito Livio, 8,28,8), que en buen castellano quiere decir -que sean los bienes, y no el cuerpo del deudor, los que respondan por su deuda-. Por su parte, Cicerón agrega: “*omnia nexa civium liberata*” (Cic. *De re publi.* 2,34,59).

La *lex* romana frente a preceptos contenidos en la legislación griega, mesopotámica o egipcia aumentó su rigurosidad, ya que hizo del deudor y de todo su grupo familiar una especie de garantía prendaria de crédito, por el cual la persona del deudor y de sus descendientes se convertían en cosa propiedad del acreedor, perdiendo, de cierta manera su individualidad: “*noxus, noc sus*” (Melchor y Lamanette, 1877, p. 26). El deudor y sus descendientes sufrían una especie de *capitis deminutio magna*, debido a que no se les consideraba ciudadanos romanos y hombres libres, lo que daba lugar a una clase social, poco definida, que se ubicaba entre el *servus* y el ciudadano romano que gozaba de libertad.

De esta manera, siguiendo el método histórico, no se llega a ningún epígrafe relativo a la protección jurídica crediticia, sin recurrir a la larga evolución de la *obligatio*. A este respecto, Betti (1969) señala que, el genuino compromiso de la *praestatio* se consume en la acción procesal, ya que este deber jurídico no se puede exigir de manera independiente. Dicho de otra manera, posterior a la *Lex Poetelia Papiria*, la exigencia de la condena:

la condemnatio oportere, produjo la transición desde la obligación principal a la obligatio iudicati. El acreedor tenía sólo una expectativa de condena que, verificada, producía subrogación conducente a exigir aquello que se había determinado judicialmente; valga decir, la condena producía un efecto sustantivo: el nacimiento de una obligación pecuniaria como consecuencia de la primera, que subordinaba la principal. (Betti, 1969, p. 331)

El siglo V y comienzos del siglo IV a.C., en plena República romana, la conmoción social o el conflicto, como lo denomina Homo (1958), va a desarrollarse bajo la forma de reiteradas y violentas convulsiones sociales y de transacciones sucesivas a favor de la plebe. Las causas de los movimientos sociales, que desembocan, entre otras medidas de los magistrados, en la promulgación de la *Lex Poetelia Papiria*, según Kovaliov (1964), “son distintas en cada período, pero en general se pueden sintetizar en tres cuestiones esenciales: igualdad de derechos políticos, legislación sobre deudas y derecho de acceso a la tierra comunal -*ager publicus*-” (p. 76). De acuerdo con Celestino (2018) este conjunto de exigencias y reivindicaciones plebeyas estaban dirigidas a lograr la igualdad de derechos que traía consigo aspectos sociales, jurídicos y políticos. De importancia, para este estudio, son las exigencias en el ámbito social, que reclamaban la condonación de múltiples deudas, sometidas a altísimos intereses y las consecuencias inhumanas del *nexum* para el deudor remiso.

Del mismo modo, Biscardi (1991), entiende que esta *lex* significó una revolución conceptual en la historia de la *obligatio*, cuyo resultado trajo como consecuencia la coincidencia de hecho entre las figuras del *debitor* y del *obligatus*, de modo que *debitum* y *obligatio personae* quedaron desde ese momento compenetrados y el deudor respondía del *debitum* con sus propios bienes, proporcionándole el carácter de vínculo jurídico, con carácter imperativo o *-vinculum iuris-*.

Esta *lex* trajo como consecuencia el eximir al acreedor del derecho de proceder inmediatamente a la *manus iniectio* contra el deudor que no cumplía con su *obligatio*, sin la intervención previa del magistrado. En otros términos, como asegura Carames-Ferro (1953), la *Lex Poetelia Papiria* quitó su fuerza ejecutiva al *nexum*, disponiendo que este no dispensaría nunca al acreedor de la necesidad de seguir contra el deudor, ante el magistrado, un juicio previo a la ejecución o *manus iniectio*. Al respecto, Fernández-Barreiro (1994), asegura que el cambio de procedimiento ejecutivo se debe a la influencia de la *jurisdictio* pretoriana, “que utiliza como medio coactivo la *missio in bona* en vez de la arcaica *manus iniectio*; y, justamente en esta reforma procesal se halla el elemento que permite contemplar la *obligatio personae* como una relación jurídica de naturaleza y régimen patrimonial” (p. 45), en avenencia con la introducción innovadora de la *Lex Poetelia Papiria*.

En este sentido, el verdadero procedimiento contra los bienes del deudor como proceso ejecutivo del patrimonio del deudor, guiado por los árbitros nombrados por los pretores, según el derecho pretoriano *-arbitria bonae fidei-*, fue recién introducido por el pretor Publio Rutilio Rufo (107 a.C.). La misma *cessio bonorum* o cesión de bienes a favor del acreedor fue, introducida por la *Lex Iulia iudiciorum privatorum*²², considerada como un beneficio procesal concedido a los intereses del deudor, que supone el acomodamiento final de este procedimiento ejecutivo a la novedosa noción patrimonial de las obligaciones. Esto significó, además, que el *nexum* no produciría, en lo sucesivo, otros efectos que los que derivarían de una *obligatio* contraída por cualquier otro medio, como la *stipulatio*.

La materia de la obligación romana, es definida con *sapientia* por el jurisconsulto Paulo en el Digesto, al decir que toda obligación comporta un dar, hacer o un no hacer *-dare, praestare vel non facere oportere-* (*Digestum, de Obligationibus et Actionibus*, XLIV, 7,3), como lo expresan hoy la mayoría de los Códigos Civiles latinos²³. Como advierten Windscheid (1887) y Dernburg (1902) la *praestatio*, objeto propio de la obligación, tiene, al menos por regla general, valor pecuniario: *in commodum creditoris*, para utilidad y provecho del acreedor, siempre que la causa se expusiera al magistrado competente. Esto significaba, en la época clásica, según Uría (1984), que, si el *creditor* ganaba la causa, el magistrado,

22 Ley de relevante interés procesal, promulgada por el emperador Augusto, en el año 17 a.C. como parte de una revisión del sistema de procedimiento romano. Abolió por completo las acciones legislativas, siendo reemplazadas por el procedimiento de formulación. (Tesauro, historia Antigua y Mitología, 2020).

23 Código Civil ecuatoriano, Art. 1454. Definición de contrato. “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, (...)”. Código Civil colombiano, Art. 1495. Definición de contrato o convención. “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, (...)”. En idéntico sentido el Código Civil español, Art. 1088: “Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

después de haber oído a ambas partes, y según su prudente arbitrio, transformaba, por decirlo de algún modo, el *debitum* que incumbía al *debitor*, por razón de su *obligatio*, en cierta cantidad de dinero que debía recibir *in integrum* el acreedor victorioso.

CONCLUSIONES

Como se evidenció, el carácter delictual que tenía primigeniamente la *obligatio* conduce a expresar, inevitablemente, que la valoración e interpretación de la pena también fue cambiando con el transcurso del tiempo, aun cuando en la época clásica del derecho romano siguió cumpliendo una función expiatoria por la falta cometida; no obstante, su carácter pecuniario o patrimonial y su índole de derecho privado. Se puede apreciar como el derecho clásico, con grandes influencias del *ius gentium*, estima la *poena* a imponerse en un múltiplo (duplo, triple o cuádruplo del valor de la *res* o *damni infecti*) como factor de cálculo del daño ocasionado y no como función indemnizatoria. Ya en tiempos del derecho justiniano el pago impuesto como pena o sanción sí cumplió una función de reparación del daño, para lo cual se protegía al *creditor* -víctima- con *poenales furti*; acciones penales que imponían al ladrón una pena pecuniaria a favor de la víctima, *actiones reipersecutorias* en restitución de las cosas hurtadas, o el pago de los daños y perjuicios correspondientes.

Es de advertir que, en esta larga y progresiva evolución, el constructo jurídico *obligatio* fue concebido como exclusivo del derecho civil -*ius civile*-, al lado de otros conceptos propios de los ciudadanos romanos como la *hereditas*, *dominium*, *heres*, *stipulatio*. El *ius gentium*, como derecho propio de los peregrinos o extranjeros, no incluyó dentro de su *iurisdictio* la propiedad concebida según algunos magistrados -*dominium honorarium*-, o el heredero concebido según el nuevo derecho -*heres honorarium* o *praetorius*-. El compromiso o atadura de una persona frente a otra por el *novus* derecho pretoriano -*iure praetorium*- no incluía las consecuencias del *nexum*, y no se expresaba con las palabras *obligatio* u *obligare*, sino, como recuerda Rodríguez-Ennes (2010), con los vocablos *debere* o *adstringere*, que abarcaban deberes de todo género. Posteriormente estas diferencias fueron arrojadas por el derecho civil del emperador Justiniano.

A partir de la discusión planteada por los autores analizados, se está en condiciones de afirmar que se presencia una de las reformas más importantes que ha tenido lugar en la historia de las instituciones jurídicas del pueblo romano, relativa a la *obligatio*, que sufrió una transformación evolutiva del carácter estrictamente personal de la responsabilidad corporal del deudor remiso, que afectaba su integridad física y su inviolable derecho de libertad, hasta convertirse en un procedimiento netamente patrimonial, en virtud del procedimiento ejecutivo que el *ius gentium* diseñó y que culminó con el procedimiento de la *bonorum venditio*²⁴ mitigado, en el año 118 a.C. Dicho procedimiento permitió la venta en

²⁴ Venta infamante de todos los bienes del deudor insolvente. Institución propia del Derecho pretoriano que permitía la venta en masa y en pública subasta de los bienes del deudor insolvente, que se llevaba a cabo tomando en cuenta un procedimiento ejecutivo.

masa del patrimonio del deudor, por lo que, en adelante era, más beneficioso para el deudor remiso al conferirle la posibilidad de recurrir a la venta en detal de sus bienes o *-distractio bonorum*²⁵-. Esta tuvo sus orígenes en tiempos de Diocleciano (284-305 d.C.), tras la supresión del sistema formulario, tal como sucede en el derecho procesal civil actual en que el dinero contado *-pecunia numerata-* viene a ser el elemento normal de las transacciones que han de contener un valor patrimonial. No debe olvidarse que Justiniano, por medio de la Constitución del año 531, introdujo el *moratorium*, que significó un plazo de cinco años para el deudor, una alternativa más humana planteada a los acreedores para reemplazar la cesión o venta de los bienes del deudor, tal como se acordó en la C.7,71,8-*Imp. Iust. A. Iuliano P.P.*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alponte, J. (2012) La igualdad ante la ley: la isonomía. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Libro Lecturas Filosóficas (La lucha por los Derechos Humanos y el Estado de Derecho). Recuperado de: [file:///C:/Users/USER/Downloads/la-igualdad-ante-la-ley-la-isonomia%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/la-igualdad-ante-la-ley-la-isonomia%20(1).pdf)
- Arangio-Ruiz, V. (1964). *Historia del Derecho romano*. Instituto Editorial Reus, S.A.
- Betti, E. (1969). *Teoría general de las obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Biondo, B. (1956). *Istituzioni di diritto romano I*. Edic. 2. Padova.
- Biscardi, A. (1991). *Dottrina romana dell'abbligatio rei*. Editore Giuffrè.
- Bonfante, P. (1959). *Instituciones de Derecho romano*. Instituto Editorial Reus, S.A.
- Carames-Ferro, J. (1953). *Curso de Derecho romano. (Instituciones de Derecho privado: Obligaciones y Sucesiones)*. Editorial Perrot.
- Celestino, M. (2018) *La Ley de las XII Tablas*. Universidad Pontificia de Salamanca.
- Código Civil. Ley del 21 de marzo de 1804 (Francia).
- Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889 (España).
- Código Civil. Ley 57 de 1887 (Colombia).
- Código Civil*. Oficio N° 0110-CLC-CN-05 del 10 de mayo de 2005 (Ecuador).
- De Coulange, F. (1999). *La ciudad antigua*. Panamericana Editorial.

25 En el desarrollo del Derecho romano, significó la venta al por menor, al detal de los bienes del deudor insolvente. En el Derecho clásico, la *distractio bonorum* fue admitida excepcionalmente; mientras que en el Derecho justinianeo se convirtió en regla general esta venta que se confiaba al curador que nombraba en magistrado (UniversoJus.com, 2020)

- De Ruggiero, R. (1930) *Istituzioni di diritto civile III*. Giuseppe Principato.
- Dernburg, H. (1902) *System Des Römischen Rechts*. De Gruyter.
- Díaz-Bautista (2014). Origen y evolución de las garantías reales en Roma. En Pedro D. Coneso, José Martínez, Celso Sánchez, Carlos Molina y Lucía García (Eds.), *Antigüedades in progress... Actas del I Congreso Internacional de jóvenes investigadores del Mundo Antiguo* (pp. 409-418). Universidad de Murcia. Recuperado de: <https://www.um.es/cepoat/publicaciones/wp-content/uploads/2017/05/17-DIAZ-CIJIMA-I.pdf>
- Enciclopedia Jurídica. Edición 2020. (Fecha de consulta 20-junio-2022). <http://www.enciclopedia-juridica.com/inicio-enciclopedia-diccionario-juridico.html>
- Fernández-Barreiro, A. (1994). Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en el derecho clásico. En *Derecho Romano de Obligaciones*, en homenaje a José Luis Murga (pp. 29-48). Editores: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.
- Gelio, A. (2008) *Noches áticas*. Libro 3. Alianza Editorial.
- Gil-Osuna, B. (2020). *Eximias Instituciones de Derecho romano*. Consejo de Publicaciones de la Universidad de los Andes.
- González, C. (2020). *La ruptura de la pax deorum: la impiedad en la República romana (siglos III-I a.C.)*. Universidad de Zaragoza. Recuperado de: <https://zagan.unizar.es/record/94731/files/TAZ-TFG-2020-1829.pdf>
- Gutiérrez-Alviz, F. (1982). *Diccionario de Derecho romano*. Reus, S.A.
- Homo, L. (1958). *Las instituciones políticas romanas. De la ciudad al Estado*. UTEHA.
- Iglesias, J. (1972). *Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado*. Ediciones Ariel.
- Ihering, R. V. (2001). *El Espíritu del Derecho romano*. Granada-España: Editorial: Editorial Comares
- Kovaliov, S. (1964). *Historia de Roma*. Editorial Futuro.
- Manfredini, L. (1977). *Contributi allo studio della iniuria in età repubblicana*. Milano.
- Maynz, C. (1913). *Curso de Derecho Romano*. Tría.
- Melchor y Lamanette, F. (1877). *La penalidad en los pueblos antiguos y modernos. Estudio histórico*. Imprenta de la Revista de Legislación.
- Niebuhr, B. (1830) *Histoire romaine*. Traduit de l'allemand sur la 3ème édition par P.A. Alter. FALTA EDITORIAL.
- Oderigo, M. (1973). *Sinopsis de Derecho romano*. Ediciones Depalma.
- Ortega, A. (1988). *De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Málaga.

Pérez, M. (2013) El elemento jurídico en las comedias de Plauto. Especial referencia a *Captivi*. En Henricus Dal Covolo (Ed.), *Studia et documenta Historiae et Iuris* (pp. xx-xx). Pontificium Institutum Utriusque Iuris. Luteran University Press.

Perozzi, S. (1949). *Istituzioni di Diritto romano*. Padova.

Pugliese, G. (1941) *Studi sull'iniuria*. Giuffrè.

Rodríguez-Ennes, L. (2010). En torno al Derecho romano de obligaciones. *Anuario da Faculdade de Dereito*, N° 5, pp. 693-710. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217469>

Solarte, A. (2004). Los actos ilícitos en el Derecho romano. *Vniversitas*, 107, 692-746.

Tesauro. Historia Antigua y Mitología. (Fecha de consulta 20-junio-2022). Recuperado de: <https://www.tesaurohistoriaymitologia.com/es/sobre-tesauro>

Torrent, A. (2015) Derecho Penal Romano I. Épocas Monárquica y Republicana. En *Fundamentos Romanísticos del Derecho contemporáneo*. N° 70, pp. 11-42. Recuperado de: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-A0004100072

UniversoJus (Fecha de consulta 20-junio-2022). *Distractio bonorum*. Recuperado de: <http://universojus.com/definicion/distractio-bonorum>

Uría, J.M. (1984) *Derecho Romano*. Vol II. Universidad Católica del Táchira-Venezuela.

Windscheid, B. (1887). *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Frankfurt a M: Literarilche Anftalt.

Fuentes históricas y literarias

Cicerón en *Ad Brut*, 1, 183; *De re publi*. 2,34,59.

Dionisio de Halicarnaso. *Ant. Rom.*, 10.51.5

Gayo, comentarios al Edicto Provincial (D. L.16.11)

Institutas Iustiniani, de obligationibus, III, 13.

Tito Livio *Ab urbe condita*, Cap. 28, Libro VIII

POLÍTICAS DE PUBLICACIÓN

1. ENFOQUE Y ALCANCE

Justicia(s) es una revista científica semestral arbitrada, adscrita a la carrera de derecho de la Universidad de Otavalo, cuyo fin es la difusión del conocimiento y el fomento de la producción científica en temáticas relacionadas con la ciencia jurídica. La publicación, en formato digital, tiene como norte generar un debate nacional e internacional dentro del actual Estado constitucional de derechos y justicia social, pluralista, intercultural y diverso, abarcando áreas del campo general del derecho y ciencias afines, tales como: constitucional, civil, penal, ambiental, mercantil, administrativo, laboral, internacional público y privado, procesal, justicia indígena, pluralismo jurídico, psicología jurídica, historia del derecho y antropología jurídica, entre otros.

La revista Justicia(s) recibe publicaciones inéditas y está dirigida a estudiantes, investigadores y profesores. El rango de áreas está definido por el Comité Editorial en la revisión específica para cada número. Los costos de la edición de los manuscritos son asumidos íntegramente por la Universidad de Otavalo, por lo que los autores/as no tendrán ningún cargo, ni asociados a su envío ni a su publicación.

La Universidad de Otavalo no se hace responsable del contenido y opiniones expresadas por los autores. En todo caso, el comité editorial de la revista coordina y supervisa los procesos de revisión y arbitraje y realiza los procedimientos normales de identificación de copia no autorizada o plagio. Cualquier situación vinculada en este aspecto, no detectada previamente, es responsabilidad única y exclusiva del o los autores del artículo. En caso de algún reporte o reclamo debe hacerse ante el Comité Editorial en la persona del Editor de la Revista y previa consideración del caso por parte del Comité Editorial el artículo podrá ser retirado de la revista.

2. POLÍTICA DE REVISIÓN POR PARES

La revisión de manuscritos en su integridad se lleva a cabo por el método de doble ciego. Los árbitros se seleccionan teniendo en cuenta su experiencia en el área de estudio. Los revisores generalmente son externos a la Universidad de Otavalo. En caso de discrepancia en las evaluaciones de los revisores se tomará en cuenta aquella que se considere más adecuada al aporte científico del manuscrito y en todo caso se consulta la opinión de un tercer evaluador.

3. POLÍTICA DE SECCIONES

La revista Justicia(s) consta de tres secciones: Monográfico, Artículos de Investigación y Generalidades Jurídicas.

Monográfico

Esta sección está compuesta por colaboraciones originales articuladas en función de una temática específica dentro de un campo del Derecho. Los ejes temáticos de cada monográfico son definidos por el equipo editorial de la revista y posteriormente difundidos mediante convocatoria abierta.

Artículos de Investigación

Esta sección está orientada a mostrar resultados parciales o finales de proyectos de investigación en temáticas jurídicas que evidencien un aporte al desarrollo de la literatura especializado o a una transformación positiva de la sociedad. Este apartado se encuentra permanentemente abierta para la recepción de manuscritos.

Generalidades Jurídicas

Esta sección integra aportes al conocimiento de la ciencia jurídica estructurados a partir de opiniones, reflexiones, ensayos y reseñas que no necesariamente se desprenden de resultados de investigación, pero mantienen rigurosidad académica. Este apartado se encuentra permanentemente abierta para la recepción de manuscritos.

4. FRECUENCIA DE PUBLICACIÓN

La revista Justicia(s) tiene una periodicidad de publicación semestral.

5. POLÍTICAS DE ÉTICA

La Revista Justicia(s) en sus publicaciones se rige por principios éticos dirigidos a prevenir las malas prácticas en sus trabajos, relativas a plagio, citación, falsificación de datos, negativa en la identificación de fuentes, remisión total o parcial de artículos ya publicados, así como conflictos de intereses en la revisión por parte del editor/a o algún integrante del comité editorial, por lo que se suscribe un compromiso por parte del autor/es y se asume desde la misma operatividad interna de la revista la negativa a incumplir estos mandatos.

Con base en esto, cualesquiera de las situaciones indicadas o alguna otra que afecte el desenvolvimiento ético de la publicación deberá ser comunicado al editor/a de la Revista Justicia(s) al momento del envío. Ahora bien, para el caso de la verificación del plagio la Revista Justicia(s) emplea la herramienta Ouriginal, por lo que al enviar el manuscrito el autor/es acepta totalmente el examen del mismo con el fin de evitar estas acciones y fortalecer la integridad académica.

La ética de las publicaciones científicas aquí promovidas se convierte en un deber que se asume en todo el proceso editorial y por supuesto se internaliza por los autores/as, árbitros, comité editorial, comité científico y cualesquiera otro miembro operativo de la Revista Justicia(s). En tal sentido, se podrá dar cumplimiento al siguiente procedimiento para realizar cualquier denuncia y se puedan aplicar las sanciones correspondientes.