

***rBD*** 

---

REVISTA  
BOLIVIANA  
DE DERECHO

---

Publicación de circulación nacional.  
Se distribuye además, en Argentina, Perú,  
Colombia, Chile, México y España.

Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho  
**Editorial: Fundación Iuris Tantum**  
Santa Cruz de la Sierra - Bolivia  
Pasaje Tumusla 77  
Telf. +591.3 3375330

Correo Electrónico:  
orlandoparada.vaca@gmail.com  
revistabolivianadederecho@hotmail.com  
también en **facebook**.

Traducción: Horacio Andaluz

Diseño Original: Claudia Justiniano Suárez  
c\_justiniano@cotas.com.bo

Indexada en:

- LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México).
- INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS (Producido por la Asociación Americana de Bibliotecas Jurídicas)
- SciELO (Scientific Electronic Library Online)

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

IMPRESO Y DISTRIBUIDO POR  
EDITORIAL EL PAÍS  
Calle Cronenbold N°6  
Tel. +591.3 334.3996 / 333.4104  
Casilla Postal: 2114  
edpais@cotas.com.bo  
Santa Cruz de la Sierra

Impreso en Bolivia  
Printed in Bolivia

# SUMARIO



01/ LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL BOLIVIANO. José Antonio Rivera S. <b>(Bolivia)</b>	10
02/ HACIA UNA REIVINDICACIÓN VALIOSA Y NO EXCLUYENTE DE LA IDENTIDAD NACIONAL EN LAS SOCIEDADES PLURICULTURALES Pedro Talavera <b>(España)</b>	30
03/ CREACIÓN Y FUNCIONES DEL COMITÉ CONTRA EL RACISMO Y LA DISCRIMINACIÓN (ARTÍCULOS 7 y 9) Luis Pomed Sánchez y Nuria Sangüesa Ruiz <b>(España)</b>	62
04/ EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL ÁMBITO UNIVERSAL: EL PROTOCOLO FACULTATIVO AL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE 2008. María Cervera Valterra <b>(España)</b>	76
05/ ESTADO DE TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL Y NUEVAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BOLIVIANO. Boris Wilson Arias López <b>(Bolivia)</b>	102
06/ SIGNIFICADO Y APORTES DE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812 EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL E IBEROAMERICANO Marcos Francisco Masso Garrote <b>(España)</b>	122
07/ CÁDIZ EN CHARCAS: CONJETURAS E INDICIOS. Horacio Andalúz Vegacenteno <b>(Bolivia)</b>	150
08/ ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS MÁS DESFAVORECIDOS Y UNIÓN EUROPEA. Virginia Pardo Iranzo y Rosa Pascual Serrats <b>(España)</b>	172
09/ EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN EUROPA. Enrique Soriano Martínez <b>(España)</b>	204
COMENTARIOS NORMATIVOS	217
Tipo Penal en el tiempo	
La objeción a la personería del querellante	
La Revalorización de la víctima	
COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES	249
En acciones tutelares deben ser demandadas las autoridades actuales	
Los incidentes merecen apelación	
LA ESPADA DE DAMOCLES	269
Corrupción impune	
Quién protege al vecino	
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS	287
Las partes en el proceso civil boliviano	
La corrupción en Bolivia	
INSTRUCCIONES A LOS AUTORES	293

**Director:**

Orlando Parada Vaca  
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

**Consejo Editorial**

Alex Parada Mendía  
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

Antonio Andaluz Westreicher  
Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia)

Horacio Andaluz Vegacenteno  
Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia)

Jerjes Justiniano Atalá  
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

José Ramón de Verda y Beamonte  
Universidad de Valencia (España)

Pedro Talavera  
Universidad de Valencia (España)

Rosa Moliner Navarro  
Universidad de Valencia (España)

Virginia Pardo Irazo  
Universidad de Valencia (España)



## FINES Y OBJETIVOS

Nuestra finalidad es difundir el pensamiento jurídico boliviano y colocar al alcance de los juristas nacionales la doctrina en el ámbito iberoamericano.

Tenemos como objetivo contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica, promoviendo el debate sobre temas jurídicos relevantes ya que, el conocimiento de la doctrina y el pensamiento jurídico actualizado y moderno permitirá que, también los bolivianos, podamos integrarnos al mundo globalizado de hoy, intentando producción propia en la interpretación y aplicación de nuestra legislación, siempre en defensa de los derechos fundamentales.

### **COBERTURA TEMÁTICA:**

Las áreas que intentamos abarcar son: Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Civil y Derecho Comercial o Mercantil.

### **PÚBLICO AL QUE ESTÁ DIRIGIDO:**

Juristas, docentes, estudiosos e investigadores, estudiantes y curiosos de la ciencia del Derecho en sus diversas manifestaciones.



### ¡SÁLVESE QUIEN PUEDA!

Tal vez la expresión del título no sea la más adecuada, cuando lo que queremos expresar es que, en Bolivia y en especial en Santa Cruz, pareciera que vivimos en un pueblo donde no se respeta la ley y los encargados de hacerla respetar y cumplir se encuentran realizando tareas más importantes: cuidar de sus propios intereses y negocios particulares generados por el ejercicio de la función pública.

Cada uno hace lo que quiere en la medida que puede ejercer y abusar de su derecho mientras nadie le reclame o se lo impida. Vivimos en un momento que permite evocar la época anterior a la vigencia del Estado de Derecho: es la ley del más fuerte la que se impone.

Son escasísimos los ciudadanos que respetan el derecho ajeno. Estamos más interesados en descubrir el límite hasta dónde puedo excederme en el ejercicio de mi derecho. El derecho de los demás es lo de menos.

El poder público no tiene presencia. La ciudadanía se encuentra indefensa frente al avasallador y al abusivo. Las instituciones dependientes del gobierno central no ofrecen respuesta alguna a las necesidades ciudadanas. El Poder Judicial, por ejemplo, no termina de reorganizarse y no parece con intenciones de redefinir objetivos institucionales en aras de facilitar el acceso a la justicia a todos los ciudadanos, sin discriminación.

En el Palacio de Justicia se le roba al ciudadano a vista y paciencia de las autoridades administrativas y jurisdiccionales: las notificaciones le cuestan al litigante, en el mejor de los casos, Bs. 15.-; los testimonios y certificaciones se cobran a razón de Bs. 10.- por cada hoja. Pero ahí no terminan las irregularidades, porque los jueces y magistrados son durísimos al aplicar los plazos procesales a las partes, pero ellos violentan esos plazos todos los días. Quiero decir, que los plazos procesales corren para los litigantes pero no para los jefes de la administración de justicia. Todo ocurre con la más pasmosa tranquilidad. Nadie se inquieta. Lo que alarma y sorprende es que alguien se atreva a cuestionar todas estas irregularidades que inciden en el ejercicio jurisdiccional y terminan vulnerando derechos constitucionales de los ciudadanos de a pie.

En la Fiscalía –donde se ha roto todo el proceso de institucionalización- todo reclamo, denuncia, solicitud o trámite, tiene un precio sin el cual nadie podrá obtener

el derecho a ser escuchado. Nadie sabe el destino de esos recursos y la forma de su administración. Los defensores de la sociedad son los que le violan sus derechos dificultando e impidiendo el acceso a la justicia. La pérdida de confianza en los organismos encargados de proteger al ciudadano lo coloca en verdadero estado de indefensión. Ni qué decir de los organismos policiales investigativos, que no cuentan con la asignación de recursos suficientes y no mueven un dedo si el interesado (llámese víctima del delito) no provee recaudos para las citaciones y movilizaciones requeridas para la “búsqueda de elementos suficientes de convicción”.

Los estamentos del gobierno local, llámese prefectura o alcaldía han tomado la decisión de abandonar al pueblo. La seguridad ciudadana quedó en slogans, la planificación de la ciudad ya no es atribución de la alcaldía sino de los constructores, loteadores y propietarios de terrenos y edificaciones que siguen sus propias reglas y están organizando la ciudad de acuerdo a sus intereses particulares.

Lo ocurrido con el Edificio Málaga en Santa Cruz, cuyos cimientos en construcción se derrumbaron enterrando vivas a 15 personas entre ingenieros, albañiles y ayudantes, es un ejemplo que la ciudad está abandonada por los poderes del Estado. Cada memorial o solicitud que se presenta a la Oficina del Plan Regulador tiene un costo de Bs. 122,50 aunque en esa repartición afirman no tener responsabilidad alguna en el control de las estructuras de esos diseños y construcciones porque, supuestamente, el Código de Urbanismo y Obras vigente, no les atribuye facultades para ello; pero, aquellas que le son atribuidas tampoco las cumplen: la mayor parte de las edificaciones en el casco viejo de la ciudad y entre primer y segundo anillo no respetan ninguna de las normas del Código, pero los ejecutivos del Plan Regulador hacen la vista gorda; y en los casos en que se clausura una obra, se coloca un afiche que no cumple nadie y no existe autoridad que la haga cumplir.

Lo que se vive en las calles es verdaderamente dramático. La ciudad parece estar diseñada para los vehículos porque el peatón no sido tomado en cuenta. Los accidentes ocurren a diario, las muertes por esos accidentes son cada vez mayores, pero esa situación no les provoca desvelos a los organismos municipales.

Los mercados y supermercados expenden muchos productos vencidos y en mal estado, sin que haya autoridad municipal que ejercite control sobre la calidad y vigencia de los productos, menos sobre los precios que se encuentran regidos por la ley de la oferta y la demanda.

Pero, nosotros los ciudadanos somos cómplices de toda esta anarquía. Nadie reclama. Todos nos acomodamos a la situación. A este paso, viviremos en una de las urbes más pujantes, más desordenadas y anárquicas del país. Es un pueblo sin autoridades que cumplan su deber y obligación. La ciudad está en manos de nadie. Sálvese quien pueda!

El Director





LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN EL SISTEMA  
CONSTITUCIONAL BOLIVIANO

THE PRESIDENTIAL RE-ELECTION IN THE BOLIVIAN  
CONSTITUTIONAL SYSTEM

*Rev. boliv. de derecho* n° 12, julio 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 10-29



José A.  
RIVERA  
S.

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 28 de febrero de 2011  
**ARTÍCULO APROBADO:** 7 de marzo de 2011

**RESUMEN:** El presente trabajo aborda el análisis de la reelección presidencial en el sistema constitucional boliviano desde la perspectiva doctrinal y normativa. Partiendo de un análisis general de la reelección presidencial y de los principios fundamentales sobre los que se configura el ejercicio del poder político en Bolivia, examina el tema en la historia republicana y en la coyuntura actual.

**PALABRAS CLAVE:** Sistema de gobierno, soberanía popular, separación de funciones, reelección presidencial.

**ABSTRACT:** This article approaches the analysis of the presidential re-election in the Bolivian constitutional system from the doctrinal and normative perspective. Starting from a general analysis of the presidential re-election and the fundamental principles that form the exercise of power in Bolivia, the article examines this issue in the republican history and in the present conjuncture

**KEY WORDS:** System of government, popular sovereignty, separation of power, presidential re-election

**SUMARIO.-** 1.- ALGUNAS REFLEXIONES NECESARIAS SOBRE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL  
2.- EL ESTADO BOLIVIANO Y LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES SOBRE LOS QUE SE CONFIGURA EL EJERCICIO DEL PODER POLÍTICO 2.1.- Principio de la soberanía popular  
2.2. Principio de separación de funciones 3. EL SISTEMA DE GOBIERNO DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA 4. LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN LA HISTORIA REPUBLICANA DE BOLIVIA 5. LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE 6. LA APLICACIÓN DE LA NORMA CONSTITUCIONAL CON PRETENSIONES DE PERPETUACIÓN EN EL PODER.

---

## I.-ALGUNAS REFLEXIONES NECESARIAS SOBRE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL

La reelección, entendida por Dieter Nohlen<sup>1</sup> como “la posibilidad de que un funcionario sometido a elección pública, cuyo ejercicio se encuentre sujeto a un período previamente determinado o renovación periódica, pueda ser nuevamente postulado y electo una o más veces a la misma posición de Derecho”, en el caso del Presidente de la República, en América Latina ha generado y aún genera un amplio debate que aún no ha sido cerrado.

En efecto, dadas las consecuencias que genera o podría generar la reelección presidencial en el sistema político y en el ejercicio del gobierno, en casi la totalidad de los Estados Latinoamericanos se ha generado, y aún se sostiene, un debate democrático caracterizado por la presencia de dos posiciones: la positiva o permisiva, y la negativa o prohibitiva.

La posición positiva o permisiva de la reelección presidencial tiene como principal sustento, el principio de la extensión del buen gobierno sobre la base de la soberanía popular; lo que supone dejar al titular de la soberanía en la libertad de prolongar una buena administración del Estado lograda por el Presidente de la República reeligiéndolo en el cargo; pues será el pueblo que, como titular de la

---

1 Dieter. Nohlen, “La Reelección”, en VVAA, *Tratado Electoral Comparado de América Latina*, Fondo de Cultura Económica y otros, México 1998, pp. 140 y ss.

• **José Antonio Rivera S.**

El autor es Magíster en Derecho Constitucional; ex Magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia; catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba; docente invitado de la Universidad Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca; docente de postgrado en: Universidad Gabriel René Moreno de Santa Cruz, Universidad Andina Simón Bolívar; Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba, Universidad Mayor San Andrés de La Paz, Universidad Domingo Sabio de Santa Cruz, y Universidad Los Andes de La Paz; Profesor visitante de la Pontificia Universidad Católica de Lima – Perú, de la Escuela Superior de Derecho de Mato Grosso – Brasil; Profesor Honorario de la Universidad de Huanuco – Perú; miembro de las siguientes instituciones académicas: Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; Academia Nacional de Ciencias Jurídicas; Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; miembro honorario del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional; miembro correspondiente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional; miembro honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional; autor de varios libros y ensayos sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos.

soberanía, en última instancia lo reelegirá o no en función al resultado de la gestión desarrollada por el Presidente. Como señala Sartori<sup>2</sup>, quienes sustentan esta posición argumentan que los presidentes que gobiernan bien deben ser recompensados, y no reelegir a un buen presidente es indudablemente un grave desperdicio.

Al respecto, fueron, y aún son, destacables los argumentos que expuso Hamilton<sup>3</sup> en *El Federalista* cuando señaló que la reelección “es indispensable a fin de permitir al pueblo que prolongue el mandato del referido funcionario, cuando encuentra motivos para aprobar su proceder, con el objeto de que sus talentos y sus virtudes sigan siendo útiles, y de asegurar al gobierno el beneficio de fijeza que caracteriza a un buen sistema administrativo”. Sobre la prohibición de la reelección presidencial, Hamilton<sup>4</sup> expuso su posición adversa, en razón a que –en su criterio- la exclusión de la posibilidad de reelección produciría resultados más perniciosos que saludables, pues según él (“..) la exclusión disminuiría los alicientes para conducirse correctamente (..) privaría a la comunidad de valerse de la experiencia adquirida por el primer magistrado en el desempeño de sus funciones”.

Es importante destacar que los partidarios de la reelección, para sustentar su posición, exponen también los siguientes argumentos en contra de la prohibición de la reelección presidencial: a) el que los presidentes de un solo período pronto se debilitan políticamente, ya que no les es posible asegurar estabilidad y protección futura a sus partidarios; y b) el que los presidentes reformistas, que están preocupados por quien los podría suceder, desean indebidamente apresurar el fin de su período, lo que se refleja negativamente en el resultado de la gestión pública.

En cambio la posición negativa o prohibitiva de la reelección presidencial tiene como sustento principal la defensa del principio republicano de la alternabilidad en el ejercicio del poder político; a partir de ello se expresan dos argumentos importantes.

El primero, que considera a la reelección presidencial como una infracción al principio republicano de la alternabilidad, ya que – en su criterio- genera un indebido continuismo de un Presidente y su proyecto político en el poder, cerrando las posibilidades de cambio de dirección y proyecto político en la conducción del Estado, agravándose la situación con la concentración del poder político en el Presidente de la República, con lo que peligrosamente se crean las condiciones necesarias para transitar de un régimen democrático hacia un régimen autocrático.

El segundo, que considera que la reelección da lugar a un indebido “ventajismo” electoral a favor del Presidente de la República en ejercicio que va a la reelección,

2 Sartori, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada*, Fondo de Cultura Económica, 1994. pp. 191

3 Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México 1994, artículo 72, pp. 308 y ss.

4 Ob. Cit. Pp. 308

en desmedro de los otros candidatos o postulantes; pues, como señala Sartori<sup>5</sup>, los presidentes que se pueden suceder a sí mismo terminan su periodo haciendo campaña para su reelección; situación que se agrava en la medida en que éstos ponen a su servicio los bienes del Estado, con lo que sacan ventaja con relación a los otros postulantes, lo que afecta seriamente al principio de la igualdad en las elecciones, colocando en situación de desventaja electoral a los otros candidatos.

Al margen del debate resumidamente reflejado, cabe señalar que en América Latina la imposición de restricciones a la reelección presidencial es tradicional, ello por diversas razones, de las que las principales son las siguientes.

Primero, porque en esta región los Estados adoptaron el sistema presidencialista de gobierno; con matices más o matices menos en casi todo el continente Americano los Estados cuentan con este sistema; ello da lugar a que el poder de conducción del Estado se concentre en el Presidente de la República, quien concentra las funciones de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno, y Jefe del Partido Político, Frente o Alianza Política con el que llega al poder:

Segundo, debido a la falta de lealtad constitucional de los gobernantes y la ausencia de cultura constitucional en los ciudadanos, la reelección presidencial, en la mayoría de los casos, no se ha manejado con una convicción y compromiso democrático; pues se ha utilizado para concentrar el poder político en la persona del Presidente de la República con grave afectación del principio de separación de funciones y la independencia de los demás órganos del poder constituido, los que resignan su independencia a favor del Ejecutivo, y más propiamente a favor del caudillo que ejerce el cargo de Presidente de la República.; con ello se menoscaba los sistemas de controles del ejercicio del poder, tanto los controles jurisdiccionales cuanto los controles políticos.

Tercero, porque detrás de la reelección presidencial no siempre está presente el sano propósito de dar continuidad a una buena gestión lograda por el Presidente de la República, sino las ansias de perpetuación en el ejercicio del poder político, atentando contra el principio republicano de la alternabilidad.

Las razones mencionadas han obligado a los Estados Latinoamericanos a producir diferentes fórmulas para restringir las ansias de perpetuación en el poder y garantizar la alternabilidad en el ejercicio del gobierno; se puede identificar hasta tres fórmulas:

1ª Fórmula cerrada, aquella en la que los Estados, a través de su Constitución, han prohibido la reelección inmediata del Presidente de la República; sin embargo, se

---

5 Ob. Cit. Pp. 191

permite que pasado un período constitucional desde la conclusión de su mandato el ex Presidente puede postularse a una nueva elección.

2ª Fórmula intermedia, aquella en la que los Estados han optado por la permisión de la reelección inmediata, pero con la restricción de que sea la única, sin opción alguna a una posterior reelección o elección con un período de prohibición de por medio.

3ª La fórmula permisiva, aquella en la que los Estados han optado por la permisión de la reelección inmediata con posibilidades de una nueva elección después de transcurrido cierto tiempo.

En definitiva, el tema de la reelección presidencial, como sostiene Sartori<sup>6</sup>, "no es un problema que tenga la misma solución para todos los países"; por lo que cada Estado tiene que optar por preservar dogmáticamente el principio de la alternabilidad y prohibir absolutamente la reelección, o por preservar el principio de la extensión del buen gobierno y permitir la reelección sin restricciones de naturaleza alguna; o, en su caso, optar por una fórmula intermedia; ello dependiendo de su realidad política, social, económica y cultural.

## **2.- EL ESTADO BOLIVIANO Y LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES SOBRE LOS QUE SE CONFIGURA EL EJERCICIO DEL PODER POLÍTICO**

Para una mejor comprensión del tema de la reelección presidencial en Bolivia, resulta necesario referirse previamente a la naturaleza del Estado boliviano y los principios sobre los que se configura.

En ese cometido, cabe señalar que la norma prevista por el art. 1 de la Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009, caracteriza a Bolivia como un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías; fundado en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico.

Como se podrá advertir, el Constituyente boliviano ha adoptado un modelo de organización política, social, económica y cultural muy particular; sobre la base de la afirmación de la identidad cultural, de la naturaleza plurinacional, y la voluntad de la descolonización.

En consecuencia Bolivia, en cuanto a la distribución territorial del poder político, es un Estado Unitario con descentralización bajo la modalidad de las autonomías. Respecto a su organización económica y la adopción de políticas de orden social es un Estado Social. Con relación al régimen jurídico es un Estado constitucional de Derecho. Respecto a su estructura social y cultural es un Estado Plurinacional.

---

6 Ob. Cit. Pp. 192

Finalmente, respecto a los sistemas de participación de la sociedad civil en el ejercicio del poder político es un Estado Comunitario.

Uno de los elementos caracterizadores del nuevo modelo de organización política es que se trata de un Estado democrático; lo que significa que los titulares del poder público ejercen esa calidad en virtud de la voluntad de los ciudadanos, expresada a través de las elecciones basadas en el sufragio universal; implica también que la relación de los ciudadanos con el poder político no se reduce a la emisión del voto para elegir a sus representantes y gobernantes, sino que también se expresa en una participación activa y efectiva en la toma de decisiones, a través de mecanismos como el referéndum popular; la planificación participativa, así como el control social y la iniciativa legislativa.

Es importante recordar que, según la doctrina del Derecho Constitucional, el Estado Democrático tiene como elementos cualificadores los siguientes: a) el principio de la soberanía popular; como el modo específico y peculiar de concebir el poder en el Estado, en el que el referente último es la voluntad del pueblo; b) la concepción plural de la sociedad, lo que supone una comprensión de la sociedad como un entramado en el que se interaccionan los diferentes grupos sociales, situados en un plano de igualdad, grupos que responden a la propia libertad del ser humano y que, a la par, proporcionan a éste la posibilidad de desarrollar libremente y en plenitud su personalidad; c) la participación como principio rector de la vida social y política, lo que significa que el proceso político debe estar asentado en la participación de todos los ciudadanos en la conformación de los órganos del poder constituido y en la expresión de su voluntad o decisión política sobre los asuntos o temas sometidos a su consideración por las autoridades de gobierno, a través de los mecanismos previstos por la Constitución; y d) la democracia como principio de convivencia, que significa la formación de todos y cada uno de los ciudadanos en un espíritu de respeto y tolerancia.

En este Estado democrático, el ejercicio del poder político está configurado sobre la base de los valores supremos, consagrados por el art. 8.º de la Constitución, así como sobre la base de los principios fundamentales; de los que los más importantes, a los fines del presente estudio, son los siguientes:

### **2.1.- Principio de la soberanía popular**

Conocido también como el principio democrático; significa la pertenencia del poder político al pueblo; lo que supone que el pueblo se constituye en el origen y fuente de legitimación del poder público.

En consecuencia, el poder político del Estado emana del pueblo el que, en un sistema democrático representativo y participativo, de un lado, delega su ejercicio a sus mandatarios y representantes mediante elecciones libres, pluralistas, igualitarias y



ampliamente informadas; y, de otro, interviene en la toma de decisiones expresando su voluntad política ante las consultas efectuadas por el gobierno.

La norma prevista por el art. 7 de la Constitución proclama expresamente el principio de la soberanía popular; cuando dispone que “La soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada. De ella emanan, por delegación, las funciones y atribuciones de los órganos del poder público; es inalienable e imprescriptible”.

La jurisprudencia constitucional establecida en la SC 064/2004, de 8 de julio, ha conceptualizado el principio de la soberanía popular de la siguiente forma: *“El concepto de cuerpo electoral tiene su base en el principio fundamental de la soberanía popular, lo que significa la pertenencia del poder al pueblo, es decir, que el pueblo es el origen de todo poder, lo que implica el reconocimiento a aquél del derecho de crear o configurar su propio orden político fundamental, su Constitución, así como el derecho de modificarla. En consecuencia, el poder del Estado emana del pueblo el que, en un sistema democrático participativo, además de delegar su ejercicio a sus mandatarios y representantes, lo ejerce directamente a través de los mecanismos previstos por la Ley Fundamental del Estado”.*

## 2.2. Principio de separación de funciones

Principio que supone la distribución de las funciones estatales entre los diferentes órganos del poder constituido, de manera que esa distribución se constituya en una limitación para cada órgano de poder; el que sólo podrá ejercer las potestades que forman parte de su competencia, sobre la base de la coordinación e interrelación de funciones.

La idea de la separación de funciones es que el ejercicio del poder político se encomiende a diferentes órganos y, paralelamente, se establezcan mecanismos de controles mutuos o recíprocos entre los diferentes órganos y al interior de cada uno de ellos.

Este principio está expresamente proclamado por el art. 12.I de la Constitución vigente,<sup>4</sup> que de manera expresa dispone lo siguiente: “El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos”; como resguardo de este principio el parágrafo tercero del art. 12 de la Constitución expresamente dispone lo siguiente: “Las funciones de los órganos públicos no pueden ser reunidas en un solo órgano ni son delegables entre sí”.

Con relación al principio de separación de funciones la jurisprudencia constitucional establecida en la SC 491/2003-R, de 15 de abril, ha definido que *“(..) el Estado Democrático de Derecho está organizado sobre la base de los principios fundamentales, entre otros, de la separación de funciones conocida también como el principio de división de poderes, lo que implica la distribución de competencia y potestades entre diversos órganos estatales para el ejercicio del poder público, de manera tal que esa distribución se constituya en una limitación para cada órgano de poder el que sólo podrá ejercer las potestades que forman parte de su competencia (..) en el marco del principio fundamental referido, el Poder Constituyente, a través de las normas previstas en la Constitución, ha asignado a cada uno de los tres poderes del Estado funciones y potestades específicas, delimitando claramente sus ámbitos de competencias. Así, al Poder Legislativo le ha asignado la potestad legislativa, de control y fiscalización; al Poder Ejecutivo la potestad reglamentaria, administrativa y ejecutiva; y, al Poder Judicial la potestad jurisdiccional”*.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional establecida en la Declaración Constitucional DC 001/2006, de 16 de enero, señala lo siguiente: *“(..) el principio de la separación de funciones o de los poderes del Estado surge como resultado de la búsqueda de mecanismos institucionales, orientada a evitar la arbitrariedad de los gobernantes y a asegurar la libertad de los gobernados; por esa razón, se decide separar el ejercicio del poder público entre diferentes ramas, de manera que no descansa únicamente en las manos de una sola y que los diversos órganos de cada una de ellas se controlen recíprocamente. En consecuencia, el principio de la separación de funciones o de los poderes del Estado significa que las diferentes funciones inherentes al ejercicio del poder del Estado son distribuidas a los distintos órganos, los que ejercen el poder público sobre la base de la coordinación e interrelación de funciones”*.

### **3. EL SISTEMA DE GOBIERNO DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA**

Al nacer a la vida republicana el Estado boliviano adoptó el sistema de gobierno semiparlamentario, toda vez que según la norma prevista por el art. 77 de la Constitución de 1826 el gobierno se ejercía a través de un Jefe de Estado, función que recaía en el Presidente vitalicio e irresponsable de sus actos y decisiones, y un Jefe de Gobierno o de Gabinete, cargo que recaía en el Vicepresidente del Estado, designado por el Presidente de la República, con aprobación del Parlamento; el Jefe de Gobierno era responsable de los actos del gobierno conjuntamente con los Ministros de Estado, y políticamente responsable ante el órgano Legislativo.

Desde la reforma constitucional de 1831, Bolivia ha adoptó el sistema de gobierno Presidencialista, mismo que se ha mantenido con diferentes matices en las 20 reformas constitucionales encaradas durante los Siglos XIX, XX y el presente, toda vez que se concentró en el Presidente de la República todo el poder político en la conducción del Estado; pues por previsión constitucional fue y es a la vez el

Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, su investidura deriva directamente de la voluntad ciudadana expresada en las elecciones populares por voto directo; por lo tanto, no tiene responsabilidad política ante el Congreso Nacional; lo que significa que éste no podía ni puede destituirle del cargo; en contrapartida, el Presidente de la República tampoco podía ni puede disolver el Congreso Nacional.

En la Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009 se ha mantenido el sistema de gobierno Presidencialista; pues según las normas previstas por los arts. 165, y 172, es el Presidente del Estado el que representa al Estado boliviano ante la comunidad internacional, por lo tanto asume la dirección de la política externa e internacional del Estado; también es él quien asume la máxima Jefatura del Estado, y la Jefatura de Gobierno, ya que es él quien propone y dirige las políticas de gobierno y de Estado, dirige la administración pública y coordina la acción de los Ministros de Estado, a cuyo efecto designa, remueve o destituye a éstos, sin ninguna participación o intervención de la Asamblea Legislativa Plurinacional; por añadidura, por previsión expresa del art. 176 de la Constitución, uno de los requisitos para ser designado Ministro de Estado es no formar parte de la Asamblea Legislativa Plurinacional, lo que supone una incompatibilidad de la función de Ministro de Estado con la función de parlamentario.

Es importante señalar que, si bien es cierto que entre las atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, la Constitución en su art. 158.18ª, con una imprecisa redacción, consigna la de interpelar y censurar a los Ministros de Estado y que la censura implicará la destitución de esa autoridad; no es menos cierto que no es directamente la Asamblea Legislativa Plurinacional la que destituye, sino es el Presidente, como Jefe de Estado, quien lo destituye y, en su caso, le ratifica la confianza; no podría interpretarse de otra manera la norma prevista por el art. 158.18ª de la Constitución, toda vez que tomando en cuenta que los Ministros de Estado son designados por el Presidente sin el voto de confianza de la Asamblea Legislativa Plurinacional, no resultaría coherente que los Ministros de Estado tengan responsabilidad política directa ante el Parlamento, de manera que éste pueda destituirlos directamente desconociendo la voluntad política del Presidente del Estado.

El Presidente del Estado tiene potestad *cuasi* legislativa al estarle reconocida la iniciativa legislativa y la potestad de promulgar la Ley sancionada por el Legislativo; por otro lado, posee la potestad de veto al proyecto de Ley sancionado por el Legislativo, así está previsto por el art. 163.10) de la Constitución; además de ello, para el caso de que la Asamblea Legislativa Plurinacional rechace el veto, el Presidente del Estado tiene legitimación activa para impugnar la Ley mediante la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta; pero en contrapartida, el órgano Legislativo no tiene potestad de influir en la conformación del gabinete ministerial; si bien es cierto que puede ejercer control sobre el accionar de los ministros de

Estado por vía de peticiones de informe y, en su caso, la interpelación que podría concluir en una censura que implicará la destitución del Ministro censurado, ello no significa necesariamente una crisis de gabinete; pues siendo potestad exclusiva del Presidente del Estado la designación y remoción de los Ministros de Estado, éste podría rechazar la censura y ratificar en el cargo al Ministro censurado; por consiguiente continuar con la política errónea que motivó la censura.

#### 4. LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN LA HISTORIA REPUBLICANA DE BOLIVIA

La reelección presidencial, introducida en la Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009, no es un tema nuevo en la vida institucional de Bolivia, pues fue introducida al sistema constitucional del Estado en diferentes épocas, aunque con resultados nada positivos para la institucionalidad democrática y la estabilidad política, ya que los presidentes reelectos, en la mayoría de los casos, fueron depuestos por vía del Golpe de Estado.

Bolivia, al constituirse en un Estado independiente, libre y soberano, se constituyó en una República, lo que significa que adoptó un sistema político caracterizado por tener su base en la representación de toda su estructura mediante el derecho a voto; vale decir que el pueblo constituía la raíz última de la legitimidad y soberanía del sistema político adoptado por el Estado.

Cabe recordar que según la doctrina constitucional la República democrática moderna tiene las siguientes características:

La ausencia de dinastías y de derecho hereditario al gobierno, puesto que en el sistema republicano cualquier persona, sin más restricción que las condiciones y los requisitos previstos por la Constitución y las leyes, puede acceder al ejercicio del gobierno; ello implica que uno de los principios configuradores del ejercicio del gobierno es la alternabilidad.

El ejercicio del poder político está sometido a la condición básica de la legitimación democrática; lo que implica que todo el poder político y la función pública deriva de la voluntad ciudadana expresada directa o indirectamente; de manera que todos los servidores públicos deben contar con la legitimación democrática de ejercicio sea directa o indirecta, además de la legitimación de origen que deriva de la Constitución.

Libre acceso a las funciones públicas para todos los ciudadanos, con las única condición de reunir y cumplir con los requisitos y condiciones de la capacidad e idoneidad.

La responsabilidad de los actos en el ejercicio del gobierno; lo que significa que los gobernantes, y los servidores públicos deben responder de sus actos realizados

ante el Estado y sus mandantes; responsabilidad de orden política, que deriva del incumplimiento de sus promesas electorales o los errores políticos en la conducción del Estado; y de orden jurídico, que deriva del incumplimiento o la infracción de las normas previstas por la Constitución y las Leyes.

El límite temporal al ejercicio de los cargos gubernamentales y la alternabilidad en el ejercicio del gobierno, sumada a las atribuciones limitadas por la Constitución y las leyes orgánicas.

Finalmente, los bienes del Estado son patrimonio de la comunidad en general, no de disponibilidad del gobernante. Los bienes de la comunidad política son inviolables, inalienables e imprescriptibles.

Este sistema político fue conservado en las 19 reformas constitucionales encaradas en el Siglo XIX, Siglo XX y el primer quinquenio del Siglo XXI; sin embargo en la última reforma constitucional, que fue encarada por la Asamblea Constituyente, se determinó modificar este sistema político para sustituirlo por un Estado Plurinacional; ello como expresión de la afirmación de la identidad cultural, de la esencia de lo plurinacional, y de la descolonización que caracteriza el actual proceso de cambios estructurales que se vienen encarando.

En efecto, en la reforma constitucional antes referida la Asamblea Constituyente ha resuelto eliminar la República como la base de organización del sistema político del nuevo Estado; ello es posible constatar en el cuarto párrafo del preámbulo del proyecto de Constitución; en el que se proclama expresamente lo siguiente: *“Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos”*.

Ahora bien, en contraste al sistema político republicano adoptado por el Estado, lo que implicaba el respeto al principio de alternabilidad en el ejercicio del gobierno, en la Constitución de 1826 el Constituyente se inclinó por reconocer el carácter vitalicio del mandato del Presidente de la República. En efecto, por previsión del art. 77 de la Constitución el Presidente de la República tenía un mandato vitalicio, y estaba exento de toda responsabilidad política y jurídica; en cambio el Vicepresidente era responsable políticamente de sus actos ante el órgano Legislativo.

El sistema constitucional configurado por la Constitución Bolivariana no terminó de ser implementado, ya que debido a una serie de conflictos internos Antonio José de Sucre renunció al cargo de Presidente de la República, se realizaron designaciones provisorias, se produjo un Golpe de Estado, y los gobiernos provisorios gobernaron

mediante decretos, desconociendo la Constitución. El Presidente provisorio Andrés de Santa Cruz, en mayo de 1829 dictó el Estatuto provisional para sustituir la Constitución, posteriormente el año 1831 hizo aprobar en la Asamblea Constituyente la nueva Constitución.

Mediante la Reforma Constitucional de 1831, se adoptó el sistema de gobierno Presidencialista; pues el Presidente de la República detentaba la condición de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno; éste era elegido por voto popular con un período de cuatro años, conducía el Estado con la colaboración de los Ministros de Estado designados por él; y no tenía responsabilidad política ante el Parlamento. En esta reforma constitucional se introdujo el derecho a la reelección del Presidente y Vicepresidente de la República; así lo determinaba el art. 70 de la Constitución. La reelección introducida no tuvo limitación alguna, de manera que los altos dignatarios podían ser reelegidos las veces que así lo desearan, con la única salvedad que tenían que lograr el respaldo popular en las urnas para que los reelijan.

Debido a la inestabilidad política que caracterizó la vida republicana de Bolivia, y el fracaso de la Confederación Peruano – Boliviana, se produjo un Golpe de Estado que depuso al Presidente Andrés de Santa Cruz, habiendo accedido al poder José Miguel de Velasco, dando lugar a que se reformara la Constitución el año 1839.

En la referida reforma constitucional el Constituyente eliminó la reelección presidencial, fijando el período de mandato del Presidente de la República en 4 años; además, se convirtió en cláusula pétrea la norma prevista por el art. 75 de la Constitución que previó la no reelección presidencial, ya que prohibió reformar dicha norma, prohibición que abarcaba hasta que haya cesado en sus funciones el Presidente de la República, en cuyo período se hubiere iniciado la reforma; dicha norma ponía freno a las pretensiones del Presidente de la República en ejercicio que, tentado por el poder, hubiese intentando iniciar una reforma para lograr la reelección.

Fruto de la inestabilidad política, luego de un golpe de Estado que derrocó al Presidente Gral. José María Achá, el año 1864 se constituyó un gobierno provisorio a la cabeza del Gral. Mariano Melgarejo, mismo que el 01 de diciembre de 1867 emitió el Decreto de Convocatoria a la reunión de la Asamblea Nacional para el 06 de agosto de 1868. Reunida la Asamblea Nacional, por Ley de 07 de agosto de 1868 se declaró Constituyente y procedió a reformar la Constitución, de manera que el 01 de octubre de 1868 fue sancionada la nueva Constitución, en la que se introdujo nuevamente el derecho a la reelección del Presidente de la República por otro período constitucional, mismo que fue fijado en 4 años; así lo determinó el art. 66 de la Constitución. De la norma constitucional referida se infiere que la reelección era permitida por única vez; lo que no se definió es si pasado otro período constitucional después de cumplir el mandato luego de la reelección, el

ciudadano que ejerció la función de Presidente de la República podía postularse a una nueva elección.

Derrocado que fue el Presidente Gral. Mariano Melgarejo, el Presidente provisorio Agustín Morales, por Decreto de 06 de febrero de 1871 convocó a Asamblea Constituyente, misma que se reunió a partir del 18 de junio hasta sancionar la nueva Constitución que fue promulgada el 09 de octubre de 1871. En la nueva Constitución se volvió a eliminar la reelección presidencial, así lo determinó el art. 69, fijándose el período de mandato en cuatro años sin derecho a la reelección inmediata, pero dejó abierta la posibilidad para que el ciudadano que ejerció el cargo pueda volver a postular a una elección pasado un período constitucional desde que feneció su mandato.

La prohibición de la reelección presidencial introducida en la reforma constitucional de 1871 se mantuvo incólume a pesar de las reformas constitucionales realizadas en los años 1878, 1880, 1938, 1931, 1945, y 1947.

Después de la revolución nacional de 1952, en la que se encararon reformas estructurales al Estado, el líder de la revolución Víctor Paz Estensoro asumió por segunda vez la Presidencia de la República el 06 de agosto de 1960, y procedió a realizar ajustes al proceso. El Congreso Nacional constituido en las elecciones de 1960 se declaró en Congreso Extraordinario el año 1961 y procedió a reformar la Constitución para constitucionalizar las medidas que fueron adoptadas con la revolución nacional de 1952; además de ello introdujo nuevamente el derecho a la reelección del Presidente y Vicepresidente de la República, dejando expresamente previsto que podrán postular a la reelección sin previa renuncia a sus funciones, cumplido el segundo periodo no podrán postular a una nueva reelección sino pasados cuatro años desde la conclusión de su mandato; así lo previó el art. 87 de la Constitución. Con la reforma constitucional referida logró su reelección a la Presidencia de la República Víctor Paz Estensoro.

En noviembre de 1964, mediante golpe de Estado fue depuesto de sus funciones el Presidente Víctor Paz Estensoro, constituyéndose una Junta de Gobierno integrada por el Gral. René Barrientos Ortuño<sup>7</sup> y el Gral. Alfredo Ovando Candia, misma que convocó a elecciones generales a realizarse el año 1966, en la que se postuló y resultó vencedor el Gral. René Barrientos Ortuño. El Congreso Nacional constituido mediante las elecciones de 1966 se constituyó en Congreso Extraordinario y procedió a reformar la Constitución, habiéndose promulgado la nueva Constitución el 02 de febrero de 1967. En esta reforma constitucional se eliminó la reelección del Presidente y Vicepresidente de la República, dejando abierta la posibilidad de que

---

7 Este militar fue elegido y fungido en el cargo de Vicepresidente de la República junto a Víctor Paz Estensoro, sin embargo fue protagonista de la revuelta militar que derrocó al Presidente de la República e instauró un régimen De Facto.

transcurridos cuatro años de la conclusión de su mandato puedan postularse a una nueva elección; así lo definió el art. 87 de la Constitución.

De la relación histórica que precede se puede extraer las siguientes conclusiones preliminares.

Primera, que entre 1831 a 1967 se realizaron reformas de la Constitución sin respetar el procedimiento de reforma constitucional previsto por la Ley Fundamental; pues se efectuaron a través de procedimientos extra constitucionales a instancia de los caudillos de turno, cuyo objetivo principal no fue el modernizar el sistema constitucional sino el legitimarse en el poder político adquirido por vías no democráticas, especialmente en aquellas en las que se introdujo la reelección del Presidente de la República, salvo el caso de la reforma constitucional de 1961, en la que el Presidente democráticamente elegido hizo introducir la reelección, pero por mecanismos inconstitucionales.

Segunda, salvo en la primera Constitución<sup>8</sup>, en las reformas constitucionales se impuso la restricción a la reelección presidencial inmediata, salvo en contados períodos; de manera que se puede afirmar que en el sistema constitucional boliviano se tuvo tres variantes: a) la primera, de la reelección sin restricciones, prevista por la Constitución de 1831; b) la segunda, de la reelección inmediata por una sola vez, con posibilidades de una nueva elección pasado otro período constitucional computable a partir de la reelección, constituciones de 1868 y 1961; c) la no reelección inmediata, pero la posibilidad de una nueva elección pasado un período constitucional desde el cumplimiento del mandato constitucional, constituciones de 1839, 1843, 1851, 1861, 1871, 1878, 1880, 1938, 1931, 1945, 1947, 1967, las reformas de 1994 y 2004.

## 5. LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

Desde la reforma constitucional de 1967, en la que se introdujo la prohibición de la reelección inmediata del Presidente de la República, en el proceso Constituyente que encaró Bolivia entre 2007 al 2009, recién se puso en la mesa del debate el tema. Está claro que la reelección inmediata del Presidente de la República generó en el pasado y genera en el presente resistencia en determinados sectores sociales, principalmente en las fuerzas políticas y sociales opositoras al gobierno; ello por la desconfianza en los gobernantes de turno, de quienes sospechan que podrían pretender perpetuarse en el poder concentrando el ejercicio del poder político y transitando del régimen democrático hacia un régimen autocrático.

El debate no fue abierto y sostenido, ello debido a dos razones. La primera, porque las fuerzas políticas y sociales en función de gobierno no lo plantearon de manera clara y abierta su deseo de introducir la permisión de la reelección inmediata para

8 Es importante recordar que en la Constitución Bolivariana de 1826, se previó el mandato vitalicio del Presidente de la República.



el Presidente y Vicepresidente del Estado. La segunda, porque el tema fue relegado por otros de mayor trascendencia política para el Estado, tales como la adopción de un nuevo modelo de Estado, la integración de las naciones y pueblos indígena originario campesinos al sistema constitucional, la recuperación de los recursos naturales, la distribución equitativa de la riqueza social, y la descentralización política bajo la modalidad de autonomías.

Sin embargo, a pesar de no haber sido objeto de un amplio y profundo debate político y jurídico, la reelección presidencial inmediata ha sido introducida a la Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009.

El art. 168 de la Constitución expresamente prevé lo siguiente: "El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua". De la disposición constitucional glosada se pueden inferir que el tema de la reelección presidencial ha merecido el siguiente tratamiento.

En primer lugar, la reelección presidencial inmediata no es amplia e irrestricta, al contrario está reducida a una sola vez; por lo que la reelección inmediata continua está proscrita en el sistema constitucional boliviano vigente.

En segundo lugar, el Presidente del Estado que decida postularse a la reelección no está obligado a renunciar previamente al cargo; ello se infiere de la interpretación del texto normativo aplicando el principio de la concordancia práctica y armonizando con la norma prevista por el art. 238.3) de la Constitución, por cuyo mandato "No podrán acceder a cargos públicos electivos aquellas personas que incurran en las siguientes causales de inelegibilidad: Quienes ocupen cargos electivos, de designación o de libre nombramiento, que no hayan renunciado a éste, al menos tres meses antes al día de la elección, **excepto el Presidente y el Vicepresidente de la República**".

En tercer lugar, la restricción es a la reelección inmediata continua; de lo que, aplicando el argumento *a contrario sensu*, se puede inferir que con un período constitucional de por medio en que no se postule, el ciudadano que ejerció la Presidencia del Estado podrá volver a postularse a nuevas elecciones sin límite alguno, salvo el cumplimiento de los requisitos previstos por la Constitución para presentar la postulación al cargo.

Con la reforma constitucional referida, el Constituyente boliviano se ha posicionado en la corriente positiva o permisiva de la reelección presidencial sobre la base del principio de la extensión del buen gobierno; lo que supone que permite la extensión de un gobierno que en el escrutinio popular es calificado como bueno, permitiendo la continuidad de la gestión y las políticas públicas implementadas.

Queda claro que la reforma constitucional objeto de análisis tiene su lado positivo y también el negativo.

En cuanto a los efectos positivos se puede señalar que la reforma permitirá al pueblo recompensar al buen gobernante con la reelección, aprobando su gestión, posibilitará recuperar la experiencia y conocimiento en el manejo y conducción del Estado del ciudadano reelegido, con lo que se permitirá la continuidad del sistema político y las políticas públicas implementadas.

En lo que se refiere a los efectos negativos cabe referir que se abre el riesgo de la búsqueda de la perpetuación en el poder político de quien ejerce el cargo de Presidente del Estado, exacerbando el caudillismo que genera el sistema de gobierno presidencialista; de otro lado se genera el riesgo del ventajismo electoral a favor del Presidente del Estado en ejercicio que se postulará a la reelección frente a los otros postulantes al cargo; lo que en la práctica da lugar a un mal uso de los recursos del Estado, y la extrema politización de la gestión en el último año de mandato, cerca a las elecciones.

## **6. LA APLICACIÓN DE LA NORMA CONSTITUCIONAL CON PRETENSIONES DE PERPETUACIÓN EN EL PODER**

Como se tiene referido, si bien el tema de la reelección presidencial no fue suficiente y abiertamente debatido, pero fue objeto de observaciones y resistencia de parte de las fuerzas políticas de oposición; por lo que fue objeto de un acuerdo político orientado a impedir que el Presidente del Estado Evo Morales Ayma, pretenda perpetuarse en el poder.

Como resultado del acuerdo político se introdujo una disposición transitoria en la Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009, aunque con una redacción que no expresa a cabalidad el acuerdo político y el objetivo para el cual fue incluida dicha disposición transitoria, que según registró la prensa era el evitar que el Presidente Evo Morales Ayma acceda al cargo en un tercer período constitucional.

La Disposición Transitoria Primera, en su párrafo Segundo, de manera expresa prevé lo siguiente: "Los mandatos anteriores a la vigencia de esta Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos periodos de funciones". Según la disposición transitoria glosada los mandatos constitucionales que fueron conferidos por el pueblo, a través de elecciones, al Presidente y Vicepresidente del Estado, a los representantes nacionales, los alcaldes municipales, concejales municipales y demás autoridades electas con anterioridad a la vigencia de la Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009, serán considerados como el primer período constitucional a los fines de la reelección, de manera que podrán ser reelegidos inmediatamente pero por una sola vez.

Cabe aclarar que la referida Disposición Transitoria es fruto de un acuerdo político y tiene su antecedente en una cláusula de restricción prevista por la Constitución reformada, cuyo art. 231.V de manera expresa preveía lo siguiente: "Cuando la enmienda sea relativa al periodo constitucional del Presidente o Vicepresidente de la República, entrará en vigencia solo en el siguiente periodo constitucional", se trata de una norma que restringía la aplicación inmediata de una reforma relacionada con el cambio del período constitucional. Ahora bien, la norma prevista por el art. 168 de la Constitución vigente ha modificado la norma prevista por el art. 87.I de la Ley Fundamental anterior que definía el período constitucional improrrogable del Presidente de la República con la prohibición de la reelección inmediata; por lo tanto se trata de una modificación vinculada al período constitucional del Presidente y Vicepresidente del Estado, toda vez que introduce la reelección inmediata; en consecuencia, dicha norma debió entrar en vigencia en el siguiente período constitucional al que se realizó la reforma, vale decir en el período que corre entre 2010 al 2015, lo que hubiese significado que al Presidente Evo Morales Ayma no le era aplicable el derecho a la reelección sino al Presidente del Estado que sea elegido con la Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009. Empero, con el acuerdo político se allanó el camino para que el Presidente del Estado pueda postularse inmediatamente a la reelección, pero con el límite de que este mandato obtenido en las elecciones de diciembre de 2009 constituye ya el mandato de reelección, lo que supone que no se podrá presentar a una nueva elección inmediata a la conclusión de su mandato constitucional.

Cabe advertir que la Disposición Transitoria Primera, en su párrafo Segundo, no condiciona su aplicación a que el Presidente y Vicepresidente, o cualquier autoridad democráticamente elegida, tenga que haber concluido su período constitucional para que se compute como un período constitucional a los fines de su reelección inmediata.

En franca inobservancia del acuerdo político y lo previsto por la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, el oficialismo pretende llevar a una nueva reelección al Presidente del Estado Evo Morales Ayma, sobre la base de una estrategia "envolvente", según refirió el Vicepresidente del Estado.

Para el efecto, el Presidente del Estado públicamente ha manifestado su predisposición de postularse a la reelección en las elecciones generales a realizarse el año 2015.

A fin de que se comprenda en su verdadera magnitud la problemática que surge de esa determinación asumida por el oficialismo, resulta necesario recordar que el Presidente Evo Morales Ayma fue elegido Presidente del Estado en diciembre de 2005, y asumió el cargo en enero de 2006 por un período de cinco años.

Conforme a la norma prevista por el párrafo Segundo de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, el mandato asumido en enero de 2005 a diciembre de 2009 constituye el primer período constitucional del Presidente Evo Morales Ayma. Como quiera que a través del acuerdo político plasmado en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución se lo ha habilitado para que pueda postularse a la reelección inmediata, presentó su candidatura para las elecciones generales convocadas para diciembre de 2009, en las que, con una alta votación, popular fue reelegido Presidente del Estado, asumiendo el cargo en enero de 2010, de manera que éste resulta ser su segundo mandato constitucional que corre hasta diciembre de 2014.

En consecuencia, realizando una correcta interpretación constitucional de las normas previstas por el art. 168 y el segundo párrafo de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución se puede concluir que en las elecciones de 2015 el Presidente Evo Morales Ayma no tiene derecho a postularse a una nueva reelección; pues esa sería ya una segunda reelección, lo cual infringiría lo previsto por el art. 168 de la Ley Fundamental del Estado que permite la reelección inmediata del Presidente del Estado por una sola vez, salvo que pasado un período constitucional desde la finalización de su mandato se postule a una nueva elección.

Ante las críticas formuladas por líderes de oposición a la predisposición manifestada por el Presidente del Estado, el Vicepresidente del Estado ha justificado la posición del Presidente arguyendo que él no cumplió su primer período de mandato, ya que –según indica– se interrumpió con la convocatoria a elecciones generales para diciembre de 2009, cuando él debió ejercer el cargo hasta enero de 2011. De otro lado, respecto al acuerdo político sobre cuya base se insertó la norma prevista por el segundo párrafo de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, el Vicepresidente ha manifestado que la misma tiene una diferente interpretación, y ello es el resultado de una estrategia “envolvente” que se aplicó a la oposición.

Para el oficialismo, al parecer el debate está cerrado y la decisión está adoptada, pues propiciará en las elecciones generales de 2015 la postulación del actual Presidente del Estado Evo Morales Ayma a una nueva reelección. Ante esa posición cabe señalar que el debate no está cerrado, es importante y necesario encararlo, incluso en última instancia deberá someterse el tema de la interpretación de las normas constitucionales a consideración del máximo intérprete de la Constitución como es el Tribunal Constitucional; sin embargo, la coyuntura actual no es el escenario adecuado para abrir y encarar el debate, el mismo debe ser encarado el año 2014 cuando se emita la convocatoria a las elecciones generales.

Cabe referir que, según los sondeos de opinión y encuestas realizadas durante los meses de febrero y marzo del año en curso, más del 60% de la población

encuestada ha expresado su desacuerdo con una segunda reelección inmediata del Presidente del Estado.

Para el oficialismo es de vital importancia y casi una necesidad sentida la reelección del Presidente Evo Morales Ayma para consolidar y profundizar el proceso de transformaciones estructurales que viene implementando a partir de la adopción del nuevo sistema constitucional, configurado en la Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009; ya que solamente él garantiza la unidad interna del Movimiento Al Socialismo, así como la alianza estratégica entre los movimientos sociales con el instrumento político.

El riesgo de implementarse la estrategia de una nueva reelección del Presidente del Estado Evo Morales Ayma es que se produzca un abuso de poder, a partir de una peligrosa concentración del poder político en la persona del primer mandatario, como que en la práctica ya se viene operando, en el que la Asamblea Legislativa Plurinacional viene perdiendo la independencia material para ejercer su función legislativa, de control y fiscalización; y el órgano judicial va cediendo su independencia, poniéndose a disposición del órgano Ejecutivo para instrumentalizar la justicia y realizar una persecución penal a los líderes de oposición, así como a los líderes cívicos que expresen opiniones y posiciones críticas a las políticas de gobierno.

HACIA UNA REIVINDICACIÓN VALIOSA Y NO EXCLUYENTE  
DE LA IDENTIDAD NACIONAL EN LAS SOCIEDADES  
PLURICULTURALES.

TOWARD A VALUABLE AND NON-EXCLUDING  
VINDICATION OF THE NATIONAL IDENTITY IN THE  
PLURICULTURAL SOCIETIES

*Rev. boliv. de derecho n° 12, julio 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 118-149*



Pedro  
TALAVERA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 10 de enero de 2011

**ARTÍCULO APROBADO:** 17 de enero de 2011

**RESUMEN:** El presente artículo defiende la existencia de una dimensión valiosa de la identidad nacional, que hoy debe ser reivindicada, depurando de su concepto aquellos elementos que la introducen en un ámbito de exclusión, racismo o xenofobia. Se trata del derecho de toda comunidad nacional a decidir sobre propio destino, con plena autonomía, sin resultados prefigurados y como exigencia universalizable. Y ello desde la constatación de que la identidad nacional se presenta hoy como defensa de la propia identidad personal, en el contexto de una creciente globalización, que impulsa a la construcción de un nuevo modelo de Estado plurinacional.

**PALABRAS CLAVE:** Identidad nacional, pluriculturalidad, nacionalismo, derechos colectivos, Estado Plurinacional.

**ABSTRACT:** The present article defends the existence of a valuable dimension of the national identity, which today must be claimed, purifying of its concept those elements that connecting it with exclusion, racism or xenophobia. It is the right of the national community to decide on itself, with autonomy, without prefigured results and as universal exigency. And we affirm it from the conviction that the national identity appears today as defense of the own personal identity, in the context of an increasing globalization, which stimulates to the construction of a new model of Multinational State.

**KEY WORDS:** National identity, multiculturalism, nationalism, collectives rights, Multinational State.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN 1. LA DOBLE CARA DEL NACIONALISMO Y SU PROCESO DE DEMONIZACIÓN 1.1. Resurgir del nacionalismo 1.2. Nacionalismo, xenofobia y separatismo 2. NACIONES, IDENTIDADES Y ESTADOS 2.1. Nación e identidad nacional 2.2. Nación y Estado 2.3. La identidad nacional como defensa de la identidad personal 2.4. Nación y autodeterminación 3. LA CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO MODELO DE ESTADO PLURINACIONAL 3.1. El Estadonación frente a la pluralidad cultural 3.2. El doble origen nacional y étnico de la pluriculturalidad 3.3. Identidad cultural y reconocimiento de derechos colectivos 4. ALGUNAS CONCLUSIONES

---

## INTRODUCCIÓN

Alain Touraine pronosticó hace tiempo que el siglo XXI estaría dominado por «la cuestión nacional», como el siglo XX lo estuvo por la cuestión social. «En todas las partes del mundo —señaló— es visible el desgarramiento entre un universalismo arrogante y unos particularismos agresivos. El principal problema político es y será limitar ese conflicto total y establecer unos valores comunes entre intereses opuestos»<sup>1</sup>.

En la Europa de la posguerra, tras la experiencia trágica del nacional-socialismo y del fascismo, conceptos como el de nación, identidad nacional o cultura nacional, resultaron fuertemente desacreditados como sospechosos de arrogancia e imperialismo y sinónimos de sentimientos racistas y xenófobos. Desde entonces, el nacionalismo ha sido objeto de duras críticas e impugnaciones como culpable de inventar y exaltar falsas mitologías, de imponer artificialmente inexistentes homogeneidades culturales y de una irracional apología de lo étnico<sup>2</sup>. En definitiva, al nacionalismo se le reprocha la pretensión de re-proponer un momento superado de la historia —el periodo de las identidades nacionales—, donde la tensión (siempre latente) entre la concepción universalista (primacía de la democracia y los derechos individuales) y el particularismo de una nación que se afirma a sí misma frente al mundo (primacía de la identidad colectiva por encima de los individuos), acabó desembocando en el totalitarismo y en la convicción de la supremacía racial del propio pueblo<sup>3</sup>.

---

1 TOURAINE, A. "Vrais et faux problèmes", en *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en dédet*, Michel Wieviorka (dir.), Paris, La Découverte y Syros 1997.

2 En este sentido se manifiestan, entre otros, los trabajos de KHON, H., *The idea of nationalism*, Harper, Nueva York, 1944; *Nationalism: its meaning and history*, Princeton 1955; *The age of nationalism*, Harper, Nueva York 1962; HOBBSBAWM, E., *The age of revolution: 1789-1848*, Mentor, Nueva York 1964; KEDOURIE, E., *Nationalism*, Londres 1960; *Nationalism in Asia and Africa*, Londres 1971; GELLNER, E., *Nations and Nationalism*, Oxford 1983; *Nationalism*, Oxford 1993; ANDERSON, B., *Imagined communities*, Londres 1983.

3 HABERMAS, J., *Identidades nacionales y posnacionales*, Tecnos, Madrid 1994, pp. 88-93.



En un momento histórico como el actual, donde se plantea la evolución hacia una identidad **posnacional**, fundamentada en la dimensión universalista del denominado «patriotismo constitucional» y basada en la lealtad a los principios políticos de libertad, pluralismo y democracia, reivindicar un particularismo étnico-nacional (basado en una ficticia e inexistente homogeneidad del pueblo), es interpretado por una gran mayoría como un peligroso intento de resucitar caducos fantasmas del pasado<sup>4</sup>.

Después de todo esto ¿debemos considerar, como afirman unos, que los conceptos de nación e identidad nacional deberían haber sido ya superados y que el nacionalismo ha dejado de tener sentido en el horizonte de una sociedad global, o cabe concebir, como afirman otros, que hoy estas realidades cumplen un papel importante frente a un modelo de globalización y mundialización económica y cultural que está debilitando los elementos básicos de la identidad cultural y nacional de los pueblos, reduciéndolas a meras manifestaciones folklóricas sin relevancia política y jurídica?

El presente artículo pretende dar respuesta a esta pregunta, afirmando la existencia de una dimensión valiosa de la identidad nacional, que hoy debe ser reivindicada, depurando de su concepto aquellos elementos que la introducen en un ámbito de exclusión, racismo o xenofobia. Para ello, en primer lugar, estableceremos los parámetros conceptuales e históricos sobre los que se ha asentado el **nacionalismo** para identificar los elementos negativos que han contribuido a demonizarlo. Y, en segundo lugar, examinaremos los elementos que hoy día justifican una reivindicación de la identidad nacional no excluyente y su posible articulación en el contexto de las actuales sociedades multiculturales.

## I. LA DOBLE CARA DEL NACIONALISMO Y SU PROCESO DE DEMONIZACIÓN

En el periodo de la posguerra, comenzó a abrirse paso con fuerza la idea de que una Europa unida representaba la mejor garantía para la paz y la prosperidad económica. La paz se presentaba como un objetivo prioritario que pondría fin a la tentación bélica de los particularismos etno-nacionalistas y a una enemistad entre Estados que había provocado dos guerras mundiales y unas cotas escalofriantes de destrucción y de muerte. La integración económica se consideró la vía más persuasiva y adecuada para iniciar ese proceso unificador, dejando para un segundo momento la integración política de todos los pueblos de Europa. De este modo, la Comunidad Económica Europea —cuyo germen estuvo representado por Alemania, Francia, Italia, Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo, con el paraguas protector de la OTAN frente a la amenaza soviética— se constituyó en un club que ofrecía un modelo económico muy atractivo del que pronto desearon formar parte muchos

4 HABERMAS, J., *Más allá del estado nacional*, Trotta, Madrid 1997, pp. 112-113.

otros Estados europeos. El paso del tiempo ha demostrado, no obstante, que la construcción de la pretendida unidad política aún está muy lejos, a pesar de los pasos adelante que se han dado. Entre otras cosas, por la dificultad que supone recrear una comunidad **espiritual**, basada en un precipitado histórico de valores europeos comunes, si es que una tarea de ese calibre acaba siendo realmente posible y los valores sobre los que se pretende construir fueran realmente compartidos<sup>5</sup>.

En todo caso, cuando parecía inapelable —e inaplazable— la construcción de esa unión política europea y cuando ya se habían puesto en marcha mecanismos encaminados a depositar en una instancia supranacional las funciones de los viejos —y supuestamente obsoletos— Estados nacionales, ha germinado con fuerza en este principio de siglo una tendencia opuesta, reflejada en el recrudecimiento del nacionalismo de Estado, del etno-nacionalismo, del nacionalismo fundamentalista y del regionalismo.

### I.1. Resurgir del nacionalismo

Cabe identificar tres fenómenos que podrían situarse en la base y el origen de los tres principales modelos del nacionalismo emergente.

La caída del muro de Berlín fue uno de esos sucesos, tan trascendentales como imprevistos. Como ya sucedió con otros acontecimientos históricos, los dirigentes de la humanidad y sus vanguardias intelectuales se vieron sorprendidos por este fenómeno que no habían previsto. Con él vino la desaparición del comunismo y la superación de un mundo bipolar que, curiosamente, llevó aparejada la sucesión de múltiples conflictos étniconacionales, en su gran mayoría sangrientos. En ese contexto y en el ámbito de la Europa oriental, surgieron los denominados **nacionalismos poscomunistas**<sup>6</sup>. El hundimiento del sistema soviético dejó al descubierto una serie de fuerzas que habían permanecido congeladas o dormidas durante más de medio siglo. De este modo, naciones cuya existencia permanecía solamente como un eco o una sombra en la memoria colectiva, brillaron de nuevo en el panorama internacional y Estados que parecían consolidados para siempre, mostraron sus pies de barro (el fenómeno de la unificación alemana y la disgregación de Checoslovaquia o Yugoslavia resultan paradigmáticos). Curiosamente, aunque el mundo ex-comunista presenta una realidad bastante deprimente tanto a nivel económico como político, la exaltación de lo nacional y de lo étnico permanece siempre en un indiscutible primer plano.

5 GALTUNG, J., *The European Community: a superpower in making*, Allen and Unwin, Londres 1973; GARCÍA, M., *European identity and the search for legitimacy*, Printer, Londres 1993. Sobre el complejo proceso de creación de las identidades nacionales en Europa en la Edad media y su posterior consolidación en la modernidad vid. LLOBERA, J.R., *El dios de la modernidad. El desarrollo del nacionalismo en Europa occidental*, Anagrama, Barcelona 1996.

6 Vid. SARTORI, G., *La democracia después del comunismo*, Madrid, Alianza, 1990.

Un segundo modelo surge ligado al complejo proceso de transformación política al que están siendo sometidos los Estados-nación en el ámbito occidental<sup>7</sup>. Se está produciendo en ellos un progresivo estrechamiento competencial junto a importantes restricciones de soberanía. No se trata de una crisis existencial (porque sobre ellos se seguirá construyendo el mundo futuro), pero el acelerado proceso de transferencia de símbolos y parcelas soberanas a las entidades supranacionales (Unión Europea, Mercosur, NAFTA, etc.), acompañado de sustanciales traspasos de poder político y de servicios esenciales a las regiones y nacionalidades interiores (Inglaterra, España, Italia, etc.), han provocado una cierta crisis de los Estados tradicionales, al tiempo que un reforzamiento de las subunidades locales, regionales y nacionales no estatales. En este contexto surgen los denominados **nacionalismos soberanistas**, fruto de las reivindicaciones de determinados grupos nacionales, existentes en el interior de los Estados plurinacionales que, al abrigo de amplias parcelas de autonomía ya consolidadas, se presentan y se legitiman a sí mismos como "**naciones**" que aspiran a un pleno reconocimiento de su soberanía estatal e independencia (el **País Vasco** en España, **Quebec** en Canadá, la **Padania** en Italia, **Escocia** en Reino Unido, **Flandes** en Bélgica, **Macedonia** en Grecia, **Darfur** en Sudán, **Tibet** en China, **Santa Cruz** en Bolivia, son algunos de los casos más paradigmáticos en la actualidad).

En tercer lugar, han aparecido los denominados **nacionalismos reactivos**, presentes fundamentalmente en el ámbito de la Europa occidental, desarrollada y democrática, pero con un marcado carácter xenófobo y excluyente, como resultado de la creciente presencia de poblaciones inmigrantes que, a menudo, son diferentes en cuanto a religión, raza, lengua y cultura. Estas comunidades étnicas, que ocupan con frecuencia los escalones más bajos de la estructura socioeconómica de los estados occidentales, son percibidas por un amplio porcentaje de la población autóctona como una amenaza potencial o real a la identidad nacional del país (el surgimiento de partidos anti-islámicos mayoritariamente votados en algunas ciudades de Cataluña, como Vic, es un claro ejemplo)<sup>8</sup>.

## 1.2. Nacionalismo, xenofobia y separatismo

La constatación de este panorama de reivindicaciones de lo étnico-nacional en medio de una dinámica global de tendencia a la unidad política, no han hecho sino

7 Vid. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, principios, derechos*, Madrid, Trotta, 1997.

8 Vid. ALVAREZ, I., *Diversidad cultural y conflicto nacional*, Talasa ediciones, Madrid 1993. En este sentido, los Estados han desarrollado un cierto número de estrategias para hacer frente a los aspectos más conflictuales del problema: controles más estrictos de inmigración, políticas de asimilación (que han fracasado debido a la diversidad de los inmigrantes y a la resistencia de los autóctonos occidentales) y la idea del multiculturalismo y el multinacionalismo (que aunque se ha presentado como alternativa al asimilacionismo, también cuenta con la resistencia de las poblaciones autóctonas). Desde esta perspectiva puede afirmarse que el estado francés ha seguido tradicionalmente una política asimilacionista; el estado alemán tiene criterios muy restrictivos respecto a la nacionalidad, lo cual tiende a perpetuar la existencia de una comunidad de ciudadanos y una comunidad de no ciudadanos; los gobiernos del Reino Unido y los Países Bajos han sido partidarios de una política multiculturalista y los países de la Europa Meridional no tienen aún políticas claras al respecto debido a que el fenómeno de la inmigración es todavía reciente y los ha pillado por sorpresa.

reafirmar una valoración, si cabe aún más negativa del nacionalismo, como promotor de una inaceptable tendencia disgregadora (secesionismo) o como incitador de un sentimiento excluyente y xenófobo (homogeneidad cultural) que ha desembocado en una generalizada demonización del fenómeno. Desde esta perspectiva, el nacionalismo se dibuja como un espectro que amenaza con su trasnochado e irracional particularismo el definitivo impulso universalista exigido por una sociedad del futuro que desea edificarse sobre la paz, la libertad y el bienestar. En efecto, la palabra nacionalismo es proferida desde casi todos los ámbitos políticos como la definitiva y última explicación a la existencia cotidiana de crímenes espantosos (cuando se liga al terrorismo y al fundamentalismo) y también como una fuerza disgregadora que, en última instancia, amenaza la estabilidad y el futuro de todo el orden europeo y mundial.

Los violentos conflictos nacionalistas surgidos en la guerra de los balcanes, acompañados por fenómenos de auténtica "limpieza étnica", han contribuido a generar una corriente de demonización de todo nacionalismo, apuntalando un indisoluble matrimonio entre este concepto y los de secesionismo y xenofobia. De aquí la necesidad de purificar el concepto de nacionalismo de estas adherencias sobrevenidas ya que, a nuestro juicio, no resulta demasiado objetiva tal identificación desde una perspectiva conceptual, aunque puedan haberse aliado en diversas situaciones coyunturales<sup>9</sup>.

En efecto, mediante la identificación del nacionalismo con el secesionismo (separatismo, balcanización, etc.), se juzga el fenómeno desde una perspectiva exclusivamente política, en clave de poder; y se proyecta sobre la cuestión una cierta restricción mental: las fuerzas que llevan a una *nación* a luchar por la autonomía o la independencia se consideran ilegítimas, desestabilizadoras y perversas; mientras que aquellas que pretenden mantenerla sometida a unas determinadas estructuras estatales, se consideran en cambio legítimas, armonizadoras y garantes del progreso y la paz. Ni la historia ni el Derecho parecen aportar elementos tan contundentes como para deslegitimar con claridad a uno u otro posicionamiento. De manera que, si como dijo alguien, el *nacionalismo* es el *patriotismo* de los otros, también resulta claro que la cláusula *rebus sic stantibus* no es más que la constatación de que las situaciones pueden cambiar y que no siempre estuvieron así.

En todo caso, es una realidad la creciente erosión de los Estados multinacionales. En efecto, durante todo el siglo XX la tendencia hacia la soberanía por parte de pequeñas naciones ha sido constante, lo cual hace suponer que, muy probablemente, que el impulso continuará durante el presente siglo. Ahora bien, el proceso disgregador de la Europa oriental ha dejado clara una cosa: que la soberanía no es una pre-condición para el desarrollo económico o para la estabilidad política; de ahí

9 LLOBERA, J.R., «Estado soberano e identidad nacional en la Europa actual», en *Cultura, Estados, Ciudadanos*, E. Lamo de Espinosa (ed.), Alianza, Madrid 1995, pp. 140-145.

que la reivindicación de la nación y la lucha por la autodeterminación responden a motivaciones que van más allá de una mera ambición de poder político o de *status* económico. Necesariamente deberemos buscar en ello un sentido y una motivación más profundos<sup>10</sup>.

Por otra parte, la demonización del nacionalismo se hace presente en el contenido peyorativo que el término recibe en la práctica totalidad de la literatura política actual. Aunque la palabra es ambigua y puede reflejar significados muy diversos, se tiende a considerarlo casi exclusivamente como un amor extremo e irracional hacia la nación (entendida ésta como expresión excluyente de una identidad de lengua y cultura en un territorio)<sup>11</sup>, hasta el punto de que, llegado el momento, se debe estar dispuesto a sacrificar todo por esa causa (incluido la vida). También se suelen asociar al nacionalismo emociones del tipo más primitivo, razón por la cual se le conecta con frecuencia al «tribalismo», entendido éste como la exaltación irracional de pasiones ancestrales, completamente ajenas a la civilización. Incluso el noble y deseable concepto de *patriotismo* (amor a la república como expresión de unas instituciones y una forma de vida que defiende la libertad y la igualdad de quienes conviven en un espacio común), ha sido supuestamente infectado por el nacionalismo y confundido con el amor a la nación (expresado en defender y reforzar la homogeneidad cultural, lingüística y étnica de un pueblo)<sup>12</sup>.

- 10 Por otro lado, sugerir que la existencia de estados pequeños crea inestabilidad es contrario a la experiencia histórica. En Europa han sido casi siempre los estados grandes quienes han provocado los conflictos. Los estados pequeños existentes en la actualidad en la Europa occidental (hay seis que son minúsculos), no son por lo general fuentes de inestabilidad, sino países abiertos y pacíficos. En esta línea, Leopold KOHR, en su libro titulado *The breakdown of nations* (Londres, 1957), sugería que un mundo formado por estados pequeños era un mundo más atractivo para vivir que un mundo formado por estados grandes. A fin de cuentas, un dictador andorrano nunca podría ser tan funesto como un Hitler presidiendo una Alemania expansiva o un Stalin presidiendo una Unión Soviética en expansión. Kohr pensaba que la federación europea del futuro sólo podría tener éxito si los estados grandes eran divididos en sus unidades constituyentes más pequeñas. En definitiva, propugnaba un retorno a la Europa de las naciones medievales tradicionales. En cierto sentido, la Europa de las regiones se aproxima a esta idea. Sin embargo, resulta patente que ante el aumento de las reivindicaciones de autodeterminación por parte de naciones pequeñas, la única respuesta que se contempla consiste en buscar fórmulas políticas nuevas que permitan acomodar esas tendencias sin recurrir a la independencia formal, como si esa independencia representara el peor de los males y el más funesto ataque al progreso y a la paz (LLOBERA, J.R., «Estado soberano e identidad nacional en la Europa actual», o.c., pp. 141-142).
- 11 Con frecuencia el nacionalismo se ha presentado como una especie de *Kulturkampf*, es decir, una tendencia a la creación de una uniformidad cultural en espacios geográficos cada vez más amplios. Con independencia de que sea o no cierto, el objetivo resulta de imposible alcance. Como afirma Llobera, la uniformidad cultural tiende siempre a generar su opuesto, algo así como la cantonalización cultural. Suele admitirse, por ejemplo, la idea de que existe una cultura global (criticada por la izquierda como la americanización del mundo), pero en realidad no existe tal cosa, lo que existe realmente es un sistema de comunicación global, que actualmente sirve de vehículo a la cultura norteamericana, pero que podría utilizarse también de manera diferente. Así pues, no debemos perder de vista que los productos más genuinos de la posmodernidad son la hibridación y la celebración de la variedad y la diferencia. De manera que todo intento de imponer una uniformidad cultural resultaría una quimera tan inútil como irrealizable (LLOBERA, J.R., «Estado soberano e identidad nacional en la Europa actual», o.c., pp. 142-143).
- 12 En este sentido resulta interesante el trabajo de VIROLI, M., *Por amor a la Patria*, Acento, Madrid 1997, en su intento de reconstruir y distinguir la línea histórica y conceptual de los términos nacionalismo y patriotismo, delatando su utilización partidaria para fines políticos e ideológicos muy distintos. Virulli aboga por la defensa de un patriotismo sin nacionalismo, aunque reconoce la victoria ideológica del lenguaje del nacionalismo que ha relegado al lenguaje del patriotismo a los márgenes del pensamiento político contemporáneo (cfr. o.c., p. 202). Reconoce Virulli la dificultad de traducir los vínculos de lengua, cultura e historia, que son los constitutivos más fuertes de la compasión y la solidaridad cívica, en «amor a la libertad común» que es el constitutivo esencial del amor a la patria (cfr. o.c., p. 26). De aquí que defienda la necesidad de recuperar un patriotismo republicano, que supone amar aquello que tenemos en común con otros, sin tener en cuenta que sea exclusivamente nuestro,

De acuerdo con esta visión, se presenta casi como un imperativo volcar sobre el nacionalismo un juicio profundamente negativo que le imposibilita para expresar cualquier tipo de sentimientos o ideales positivos. Y, sin embargo, por virtud del nacionalismo hemos visto producirse fenómenos loables de heroísmo, de lucha contra la opresión, de construcción de una nación; así como manifestaciones culturales (literatura, arte), que no podemos reprochar ni condenar sino, por el contrario, admirar y respetar.

Hitler, en efecto, fue un nacionalista y su programa lo fue genuinamente hasta el extremo. Y esto llevó a su contemporáneo Stefan Zweig a exclamar, en pleno horror nazi, en 1941 (un año antes de suicidarse): «**He visto nacer y expandirse ante mis propios ojos..., la peor de todas las pestes, el nacionalismo, que envenena la flor de nuestra cultura europea**». Pero Gandhi también fue, a su manera, un nacionalista y su nacionalismo –bien distinto al nazi–, creó la India de hoy. Fue el nacionalismo surgido de la Ilustración y del Romanticismo el que ayudó a configurar las naciones de Europa en el siglo XIX, pero es también nacionalista el movimiento que cuestiona muchos de esos Estadosnación en la actualidad. El viejo aforismo aparece siempre cargado de sentido: «**Mi nacionalismo es bueno, el tuyo es repulsivo**»<sup>13</sup>.

A la vista de esta tensión de contrarios no parece descabellado pensar que el nacionalismo carezca de contenido predeterminado, de modo que, siendo un simple depositario de significados, pueda recoger y reflejar las mejores o las peores realidades de una nación, desde las democráticas y liberales hasta las totalitarias o las fundamentalistas<sup>14</sup>. Sólo en función de ese contenido cabe valorar el papel (positivo o negativo) que hoy están desempeñando los nacionalismos ante la realidad de un mundo globalizado.

Como ha recordado MacCormick, acogiendo la distinción dworkiana, no deberíamos confundir el concepto de nacionalismo con una determinada concepción del mismo. Según el autor escocés, la teoría ortodoxa se engaña al confundir las concepciones hegelianas decimonónicas de nación y nacionalismo con el nacionalismo mismo<sup>15</sup>. El nacionalismo carece de contenido predeterminado. Ha habido y hay diversas concepciones de nacionalismo. Lo que marca la diferencia entre unas y otras es la ideología a la que están asociadas. Si el nacionalismo se asocia

---

frente al patriotismo de la tierra, en cuanto amor a un lugar cuya posesión exclusiva nos hace sentir mejores que los demás (cfr. o. c., p. 81). Su intento de perfilar el patriotismo como un amor a la libertad común trata de superar la concepción habermasiana del patriotismo constitucional, acusado por Rusconi de no tener en cuenta que el tipo occidental normal de identidad nacional se basa en una síntesis de principios universales de ciudadanía, y datos o formas de vida prepolíticas de tipo étnico o cultural. De manera que la ciudadanía constitucional florecería no contra sino a través o dentro de elementos étnicos y culturales. Habermas quiere hacer de la ciudadanía lo más universal y político posible mientras que Rusconi pretende hacerla lo más nacional posible. Para Virolli, tanto uno como otro van demasiado lejos (cfr. o.c., p. 217-219).

13 JAUREGUI, R., "Nacionalismo", en *Glosario para una sociedad multicultural*, Fundación Bancaixa, Valencia 2003, p. 262.

14 LLOBERA, J.R., «Estado soberano e identidad nacional en la Europa actual», o.c., p. 144.

15 MACCORMICK, N., "Nació i nacionalisme", *Afers* 8 (1988-89), p. 390.

a ideologías democráticas y pluralistas, el resultado será completamente diferente que si aparece asociado a ideologías xenófobas y exclusivistas.

Así pues, el concepto de nacionalismo conlleva el sentimiento de pertenencia a una comunidad que está determinada por una cultura común, que incluye a menudo una lengua específica, ligada a un territorio concreto, que posee una historia compartida, con conciencia de identidad y con pretensión y vocación de decidir sobre su futuro político y desarrollar institucionalmente su singularidad histórica y cultural. Ahora bien, las concepciones del nacionalismo ligadas a la doctrina de la soberanía estatal y del Estado-nación, obedecen a una idea del nacionalismo profesada por los teóricos del siglo XIX, para los cuales, la ecuación Nación=Estado=Soberanía se planteaba de modo unitario y absoluto<sup>16</sup>. Veamos de manera sucinta cómo se ha desarrollado esta ecuación.

## 2. NACIONES, IDENTIDADES Y ESTADOS

No se trata de realizar aquí un excursus histórico o doctrinal sobre los conceptos de Nación o Estado<sup>17</sup>. Se trata tan sólo de precisar algunos aspectos que contribuyan a aclarar su complejidad y ambigüedad.

### 2.1. Nación e identidad nacional

La nación es un concepto ambiguo en el que pueden identificarse tres significados diversos:

a) En primer lugar, *nación* (casi siempre utilizado en plural) hace referencia a grupos de seres humanos que se diferencian entre sí por sus propias costumbres, usos, lengua, etc. No se trata de que un grupo se identifique por una, dos o tres de esas notas; se trata de que en él se ha verificado una mezcla de todas ellas hasta constituir lo que se suele denominar como un «carácter propio» que los hace singulares. Desde esta perspectiva, podemos entender que *nación* en un *sentido objetivo* quiere decir *comunidad nacional*. De todos modos, sigue siendo un concepto impreciso puesto que no todo grupo con un carácter propio se considera a sí mismo una nación o es considerado por otros como tal. En esta tarea resulta clave el desarrollo político e histórico por el que ha discurrido el grupo, pero también resulta importante el factor psico-sociológico: una conciencia de la propia identidad nacional. Un ejemplo claro del carácter impreciso de este concepto lo representa el pueblo judío: ¿Quién es judío? Esta cualidad no queda definida específicamente por rasgos exteriores, por una lengua, por un territorio, ni siquiera por una religión. Lo realmente decisivo es que uno sienta su pertenencia al pueblo judío, si bien es

16 BEA, E., "Naciones sin Estado: la asignatura pendiente de la construcción europea", en *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 139.

17 Un estudio histórico exhaustivo y pormenorizado sobre el tema puede encontrarse en LLOBERA, J.R., *El dios de la modernidad*, o.c., pp. 18-129.

cierto que la subjetividad debe sustentarse sobre la base de determinados rasgos objetivos. Esto significa que en el *sentido objetivo de nación* no se puede prescindir de una determinada componente subjetiva<sup>18</sup>.

b) En una segunda acepción, el concepto *nación* se encuentra inseparablemente ensamblado al concepto de *Estado*. En este caso, la voluntad de un grupo de seres humanos de constituir un Estado (de llegar a serlo o de seguir siéndolo), convierte a este grupo en una nación en el *sentido subjetivo*. Desde esta perspectiva, la nación, no sólo contiene un elemento subjetivo, sino que se define específicamente en clave socio-psicológica. Nación (casi siempre en singular) significa en este caso una *comunidad de destino*. Se tiene un pasado y una historia común y, como consecuencia, unos se sienten vinculados a otros en el presente y en el futuro<sup>19</sup>. En palabras de Renan, «*Une nation est donc une grande solidarité, constituée par le sentiment des sacrifices qu'on a faits et de ceux qu'on est disposé à faire encore... L'existence d'une nation est... un plébiscite de tous les jours*»<sup>20</sup>. De este modo, la voluntad de destino común de uno o varios grupos nacionales es lo que constituye el propio Estado, al igual que el cese de esa voluntad de pertenencia al Estado acaba destruyéndolo.

Así pues, tenemos un significado de nación como «comunidad nacional» y otro como «comunidad destino». La relación entre ambos resulta bastante complicada. Por ejemplo, el pueblo norteamericano y el pueblo suizo constituyen comunidades de destino pero no forman comunidades nacionales únicas. Norteamérica se constituye a partir de muchas comunidades nacionales y Suiza se compone de cuatro comunidades nacionales diversas. Holandeses y flamencos, alemanes y austriacos, pertenecen sin duda a la misma comunidad nacional (cultura, lengua...), pero en el desarrollo histórico se ha producido un movimiento de separación recíproca y forman ahora, con el acuerdo de casi todos, Estados propios<sup>21</sup>.

c) Por último, podemos considerar también una acepción «jurídica» de *nación*. Desde esta perspectiva, nos estamos refiriendo a un sinónimo de población del Estado.

18 El concepto de nacionalidad, tal como se empleó y se emplea en la antigua Europa del Este, tiene mucho que ver con el sentido objetivo de nación. En la antigua Unión Soviética, por ejemplo, se hacía constar en el pasaporte la *nacionalidad* del titular de acuerdo con una especificación *ad hoc*: ruso, alemán, judío, ucraniano, etc. De acuerdo con esto, el concepto nación se convertía en jurídicamente relevante porque sólo determinados grupos eran reconocidos como nación y la pertenencia a una nación suponía el reconocimiento de determinadas consecuencias jurídicas por parte del Estado. Continuando con el mismo ejemplo, a quienes tenían un origen holandés se les negó una nacionalidad propia y se les consideró alemanes.

19 En esta línea se manifiesta Gellner al exponer los dos elementos con los cuales se puede definir una nación: 1. Dos hombres son de la misma nación si y sólo si comparten la misma cultura, entendiendo por cultura un sistema de ideas y signos, de asociaciones y de pautas de conducta de comunicación. 2. Dos hombres son de la misma nación si y sólo si se *reconocen* como pertenecientes a la misma nación. Las naciones hacen al hombre; las naciones son los constructos de las convicciones, las fidelidades y solidaridades de los hombres (GELLNER, E., *Naciones y nacionalismo*, o.c., p. 20).

20 RENAN, E., «Qu'est-ce qu'une nation?», en *Oeuvres complètes*, Calmann-Lévy, Paris 1947-1961, I, p. 889.

21 Como es lógico, un Estado que no se compone de una comunidad nacional única, necesita por lo general de más símbolos y rituales que colaboren a reforzar la unidad que un Estado homogéneo en ese sentido. Este hecho resulta muy patente en los Estados Unidos. En las antiguas colonias africanas que alcanzaron su independencia después de la segunda guerra mundial, se habló de *nation building*, es decir, que a partir de varias comunidades nacionales (tribus) había que construir una nación portadora del estado.



Es decir, quien tiene la nacionalidad jurídica de un Estado pertenece jurídicamente al substrato de personas de ese Estado. Nación significa aquí **comunidad jurídica**.

## 2.2. Nación y Estado

Por lo que se refiere al Estado, podemos sintetizar básicamente tres visiones del fenómeno que, en parte, representan tres momentos diversos en su desarrollo histórico hasta su definitiva confluencia con el concepto de nación<sup>22</sup>.

### a) *El Estado como objeto de derechos*

Hasta la revolución francesa, el príncipe, el rey, la nobleza y el alto clero formaban la nación. Bajo el concepto de Estado se entendían de modo general los partidarios de los príncipes y su aparato de poder. Maquiavelo —de quien proviene el concepto moderno de «Status» (*Stato*)—, consideró al Estado primariamente como objeto<sup>23</sup>. Las capas dirigentes del *Ancienne Régime* consideraban a los hombres y al país como una propiedad y vivían de ambos. La famosa frase *L'État c'est moi*, a partir de la convicción de que «el Estado me pertenece», presupone que la relación entre príncipe/clases altas, por un lado y los súbditos por otro, se configuraba como una relación de derecho privado. Bienes y personas se podían dejar en herencia, regalar o intercambiar<sup>24</sup>.

### b) *El Estado como sujeto de derechos*

En el absolutismo ilustrado, junto a otros sujetos de derechos, el Estado adquiere la categoría de sujeto portador de derechos y deberes. El príncipe se constituye, de acuerdo con esta concepción, en «portador de las funciones del Estado». Fue Federico el Grande quien se definió como el primer servidor del Estado<sup>25</sup>.

### c) *El estado como pacto*

Un nuevo paso adelante supuso la concepción del Estado como una relación jurídica entre el príncipe y los súbditos. Esa relación jurídica se suponía fundada sobre un hipotético e imaginario contrato originario: el contrato social. De acuerdo con la teorización de los filósofos contractualistas (en particular, Hobbes y Locke), el moderno Estado de Derecho se justifica en tanto en cuanto resulta garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La revolución francesa es la que consigue unir definitivamente los conceptos de Estado y Nación en una relación desconocida hasta entonces. En ese momento

22 Seguimos aquí la distinción propuesta por VAN WISSEN, G., «Estado y nación», en *Communio*, año 16, marzo-abril 1994, pp. 133-137.

23 VIROLLI, M., *Por amor a la Patria*, o.c., pp. 49-60.

24 LLOBERA, J.R., *El dios de la modernidad*, o.c., pp. 18-129.

25 VAN WISSEN, G., «Estado y nación», o.c., p. 134.

se produce la politización del concepto de nación que pasa a ocupar el lugar preponderante en la simbiosis de ambos. Fue Rousseau quien acuñó políticamente el concepto de **Nación**. No obstante, la expresión más clara se encuentra en la definición de l'abbé E. Sieyès, en su famoso escrito *Qu'est-ce le Tiers État?* donde la Nación se considera como una colectividad de individuos que están bajo una misma ley y son representados por la misma asamblea legislativa<sup>26</sup>. Desde este momento, no eran ya el príncipe y el estrato social superior quienes representaban a la nación sino el Tercer Estado. Se produce una ruptura según la cual el concepto de Nación deja de definirse en términos de pueblo, de biología o de raza, y se define exclusivamente en términos políticos. El propio pueblo (la **Nation**) se convirtió en protagonista tomando el poder en sus manos, tal y como se proclamaba en el art. 3 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789: «*Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation...*».

Ahora bien, ¿a qué se debe el protagonismo alcanzado por la nación como «comunidad de destino» en este preciso momento histórico? Cabría elucubrar mucho sobre la cuestión, pero se podría afirmar lo siguiente: los soportes del **Ancienne Régime** (monarquía absoluta, Iglesia católica y nobleza privilegiada) fueron eliminados por la revolución. Ya no había Dios, el rey era guillotinado y la nobleza privada de poder, puesta en fuga o también decapitada. La desaparición de los tres estamentos que hasta el momento unificaban y dotaban de cohesión y estabilidad al Estado feudal, a través de la fidelidad religiosa a la Iglesia y quasi-religiosa al monarca y a la nobleza, acabó dejando un gran vacío que debía ser rellenado. Sólo la «Patria» o la «Nación» podían despertar sentimientos de fidelidad paralelos a los suscitados por Dios, la Iglesia o el Rey, que habían sido eliminados. Por otro lado, la relación con las antiguas instituciones era de sumisión (el Dios del deísmo, la corona o el clero no se podían amar sino obedecer), mientras que las nuevas relaciones establecidas con la Nación eran de libertad y soberanía. De aquí que el vacío institucional fuera ocupado por la «**Nación deificada**», de donde surge la **soberanía** que se constituye en el nuevo principio legitimador para la creación del Estado (soberanía externa) y para el orden político dentro del Estado (soberanía interna).

Sobre la base de la universalidad del derecho natural racionalista predominante en la época, y de la absoluta reivindicación de la igualdad de todos los hombres, la Nación no podía ser entendida sino en clave de «comunidad de destino», de tal modo que podían ser ciudadanos del Estado todos aquellos (incluidos los extranjeros) que se solidarizaran con su causa: **el Pueblo es el referente político de la Nación**. Este papel preponderante alcanzado por la Nación-Pueblo, en su relación de «comunidad de destino» con el Estado, cambia de signo con las guerras napoleónicas, cuyo efecto fue el de despertar el interés por la propia "identidad nacional" en los pueblos ocupados, especialmente en Alemania e Italia, y más tarde en la Europa del Este.

26 VIROLLI, M., *Por amor a la Patria*, o.c., pp. 105-121.

El imperialismo francés había traicionado el ideal de soberanía republicana de la revolución y la respuesta de los adversarios de Francia estuvo marcada por el sello **nacionalista** de reivindicación de lo étnico-nacional frente a la invasión.

De nuevo la Nación (el concepto de Pueblo enarbolado por los revolucionarios franceses) adquiere en el siglo XIX un papel protagonista, pero en esta ocasión lo hace ya como «comunidad nacional», troquelada por una identidad de origen, de lengua, de costumbres y de leyes. Alemania fue un caso prototípico, donde los ideales de la ilustración, exaltados por el romanticismo (Goethe, Fichte, Herder, Hegel...) con sentimientos cálidos a favor de la "comunidad nacional", produjeron una sublimación del espíritu del pueblo alemán<sup>27</sup>. En general, fue en el ámbito alemán de mediados del siglo XIX, donde se produce la más plena comprensión del Pueblo como la comunidad de los habitantes de un país, que por origen, lengua, ordenamiento estatal y conciencia, están vinculados entre sí. Esto condujo a una noción popular y política de Pueblo que, en este ámbito alemán, fue identificada con el concepto de Nación<sup>28</sup>.

El congreso de Viena (1815), donde se constituyó la Santa Alianza, intentó la restauración de las antiguas relaciones, poniendo de nuevo al príncipe en el lugar de la soberanía popular. Pero en esos momentos se pudo evidenciar que los sentimientos nacionales y la soberanía del Pueblo se mostraban irreversibles; de manera que la "identidad nacional" ya no podía entenderse representada por el príncipe sino por el Pueblo, y tampoco el Estado podía asentarse ya sobre el absolutismo sino sólo sobre el principio de soberanía popular. En este sentido, se consideraba «progresista» la lucha en favor de la **autodeterminación** nacional frente a la opresión extranjera, tal y como se demostró después de la Primera Guerra Mundial, al incluir la autodeterminación como uno de los famosos 14 puntos del presidente americano Wilson, que lo calificó con plena convicción de "presupuesto para la democracia".

En estas coordenadas, el principio de identidad nacional (comunidad nacional) fue empleado como principio legitimador y fundador del Estado. Así sucedió con la desmembración del imperio Austro-Húngaro y del Imperio Otomano, aunque no todas las comunidades nacionales tuvieron luego la oportunidad de constituir su propio Estado. El caso es que desde el Congreso de Viena, Nación, Nacionalidad e Identidad Nacional, fueron contemplados como conceptos «positivos y progresistas». Fue a causa del nacional-socialismo y del fascismo cuando se cernió sobre estos conceptos el descrédito. El odio racial y la orientación totalitaria e imperialista de estos regímenes provocaron que la identidad nacional, en cuanto que principio calificador de una comunidad nacional (troquelada por costumbres,

27 VIROLLI, M., *Por amor a la Patria*, o.c., pp. 141-175. Herder reconoció la idea nacional como formadora del Estado. Von Moser escribía en 1795: «somos un pueblo con un nombre y una lengua, bajo un jefe común, bajo unas leyes que determinan igualmente nuestra Constitución, derechos y deberes».

28 VAN WISSEN, G., «Estado y nación», o.c., p. 136.

lengua y cultura), ya no pudiera ser aceptada como principio fundador o legitimador de un nuevo Estado.

### 2.3. La identidad nacional como defensa de la identidad personal

Resulta superficial pensar que la *identidad nacional* ha sido el instrumento buscado por determinadas colectividades para luchar contra la caudalosa corriente globalizadora. Hay algo de más profundo en ella que la conecta con la constitución antropológica de la propia identidad personal y que se manifiesta en la *dimensión relacional* que define a todo ser humano. Esa dimensión relacional es la que se proyecta a la hora de construir el modelo de comunidad política en la que se vive. Veámoslo con detenimiento.

Parece claro que el papel de la *nación* y de la *identidad nacional* está muy relacionado, ya desde el siglo XVII, con el desarrollo de las dos grandes escuelas de Derecho de occidente: la Escuela racionalista del Derecho Natural de los siglos XVII y XVIII (Grocio, Puffendorf, Hobbes, etc.) y la Escuela Histórica del Derecho, en especial a partir del siglo XIX (con Savigny y el aporte de tradiciones de los hermanos Grimm). En efecto, la *Escuela racionalista*, al conceptualizar al Estado como una comunidad jurídica que nace de un «contrato originario» (por medio del cual determinados individuos deciden unirse bajo ciertos presupuestos), indica como fundamento para su formación, no a la «comunidad nacional» —de origen, historia, lengua y cultura—, sino a la «comunidad de destino», basada en la voluntad de los interesados. La *Escuela histórica*, por el contrario, al estar estrechamente vinculada con el romanticismo, considera primariamente al individuo como parte de una comunidad originaria (familia, pueblo) que se ha constituido, en función de una lengua y una cultura propias, y a través de unas costumbres y unas leyes propias. Desde esta concepción, el Estado sólo puede ser el reflejo jurídico de una «comunidad nacional»<sup>29</sup>.

Después de la Segunda Guerra Mundial y del delirio racista del nacional-socialismo, pasaron a primer plano de la escena política y jurídica los Derechos Humanos, como fundamento y presupuesto de la relación entre el Estado y sus ciudadanos. El descrédito que el nacional-socialismo había proyectado sobre la *Escuela histórica* y su exaltación del espíritu del pueblo, la nación y la raza, impulsó a fundamentar la comprensión e interpretación de los derechos fundamentales sobre los postulados de la *Escuela racionalista*. Esta decantación fue perfilando progresivamente un concepto de ciudadano tamizado por la individualidad y sustraído de la red de vinculaciones mediante las cuales todo ser humano se inserta en la sociedad. En efecto, desde esta concepción, el hombre es considerado por el Estado y por el Derecho primariamente como un individuo, como un sujeto individual -abstracto y anónimo- de derechos y

29 VAN WISSEN, G., «Estado y nación», o.c., pp. 145-146.

deberes. La idea de lo universal, lo eterno y lo abstracto aplicado al concepto de naturaleza humana, propio del iusnaturalismo racionalista, presupone una igualdad ideal entre todos los hombres. Además, en su dimensión social se otorga a este presupuesto de igualdad ideal una fuerza jurídica, de manera que toda desigualdad debe demostrarse y todo trato desigual debe necesariamente justificarse<sup>30</sup>.

Sobre estos presupuestos se edificó un concepto de comunidad constituida sobre un conjunto de individuos anónimos, a quienes el Estado y el Derecho sólo contemplan en su dimensión externa; donde las diferencias tienden a ser declaradas irrelevantes y donde las señas de identidad personales, en las relaciones entre el Estado y los individuos, desaparecen o se disuelven mientras que se fortalece y se fortifica cada vez más la esfera de la intimidad y la privacidad, lugar al que son desplazados la moral y la religión. En estas coordenadas, el marco de relaciones entre el individuo y el Estado resulta cada vez más objetivado y menos personalizado. En efecto, el Estado se convierte cada vez más en una «sociedad de responsabilidad limitada para determinadas prestaciones» y los ciudadanos en «clientes de una empresa de prestación de servicios»<sup>31</sup>.

Así pues, encuadrados en este esquema (individuo/cliente, frente a Estado/sociedad limitada) los individuos se sitúan en una exclusiva relación de **do ut des** con el Estado (en una relación casi jurídico-privada como clientes de este Estado), pero carecen de cualquier otro vínculo relacional que les una al Estado o entre ellos. De este modo se disuelve la comunidad y se genera una sociedad invertebrada presidida por el desarraigo, el individualismo, la insolidaridad y la indiferencia, que acarrea como efecto trágico la disolución de la identidad del propio Estado<sup>32</sup>.

Como recordó Ferdinand Tönnies, a principio de siglo, existen dos modelos de relación interpersonal, la societaria y la comunitaria. La primera se constituye como mera agregación de individuos y está regida por el interés. La segunda se constituye como una comunidad de personas y se rige por la solidaridad. Así pues, si prevalece la concepción societaria de Estado, como simple agregación de individuos anónimos e idealmente iguales, vinculados jurídicamente al mismo mediante una especie de contrato de prestación de servicios, resulta prácticamente imposible mantener su cohesión interna, por efecto de la falta de identificación de los ciudadanos con una estructura abstracta y representada por la burocracia. En última instancia, el Estado parecería destinado a desaparecer en beneficio de cualquier otra entidad gestora que aportara mayor eficacia en la prestación de servicios. Esto confirmaría la

30 Este postulado de una igualdad ideal de todos los seres humanos y de la consideración de la diferencia como jurídicamente irrelevante, a no ser que exista un objetiva justificación, es la causa de que se hayan planteado cuestiones que suscitan perplejidad en amplios sectores, especialmente en lo referente a la igualdad del hombre y la mujer, como por ejemplo, el matrimonio de homosexuales, la adopción de menores por estas parejas, las bajas laborales por maternidad de los hombres, etc.

31 VAN WISSEN, G., «Estado y nación», o.c., p. 146.

32 RAMONET, I., *Un mundo sin rumbo. Crisis de fin de siglo*, Debate, Madrid 1997, en particular, pp. 29-30 y 133-155.

tendencia, denunciada insistentemente en estos últimos tiempos, de la sustitución de la política por la gestión de la economía y la consolidación cada vez más inquietante del pensamiento único y la globalización<sup>33</sup>.

Ahora bien, no parece que el ser humano pueda acabar identificándose con un modelo de individuo anónimo y abstracto, sino que parece más sensato considerar su verdadera realidad de sujeto de carne y hueso, que habla una lengua, tiene un origen familiar concreto, ha adquirido unas costumbres determinadas y ha asumido los valores propios de una cultura, sin perjuicio del enriquecimiento y las influencias de toda índole que hayan tenido lugar en el proceso de formación de su personalidad. Todo individuo real es un "individuo contextual". Del mismo modo, tampoco parece que el Estado pueda construirse y mantenerse como una simple estructura asistencial basada sobre la exclusiva vinculación jurídica de individuos anónimos, prescindiendo de su dimensión de comunidad de personas ligadas entre sí por una cierta historia común y por una serie de valores socio-psicológicos.

Para Isaiah Berlin, el *cosmopolitismo está vacío* puesto que los individuos no pueden desarrollarse si no pertenecen a una cultura. La soledad, afirma, no es la simple ausencia de otros, sino vivir entre gente que no entiende lo que dices. Sólo se puede ser comprendido de verdad cuando se vive en una comunidad en la que la comunicación se da sin esfuerzo, de una manera casi instintiva. En el caso de que los hombres y las mujeres no se reconocieran en una cultura, no se sintieran más cerca de unas personas que de otras, se produciría una pavorosa disecación de lo humano. Un idioma universal (fuera de los negocios o la política), destinado a comunicar emociones y expresar vidas interiores, no será nunca signo de una cultura universal sino la muerte de la cultura. La gente, afirma Berlin, se rebelará tarde o temprano contra la uniformidad<sup>34</sup>.

MacCormick ha descrito bien esta realidad: no se puede llegar a ser un individuo humano completo sin la adquisición de un nombre, el aprendizaje de una lengua y la adquisición de una cultura. Todos nuestros compromisos y relaciones con los demás nos convierten en las personas que somos. Nuestro sentido de la identidad surge de nuestra experiencia de pertenecer a comunidades significativas como las familias, las escuelas, los grupos religiosos, y también las naciones concebidas como comunidades culturales dotadas de relevancia política. Para cada uno de nosotros, una "nación", aunque no sólo una nación, puede proporcionarnos un marco conceptual que nos permita comprender nuestra existencia situada dentro de una continuidad en el tiempo y de una comunidad en el espacio<sup>35</sup>.

33 *Ibid.*, pp. 53-187.

34 BERLIN, I., *Nacionalismo*, Valencia, Tandem, 1997, p. 74-82.

35 MacCORMICK, N., "Libertad, igualdad y nacionalismo", op. cit., pp. 37-38. E. Bea, alude también a otros autores como Simone Weil o Emmanuel Mounier, que han resaltado el papel de la comunidad como constitutivo esencial de la identidad personal (BEA, E., "Naciones sin Estado: la asignatura pendiente de la construcción europea", op. cit., p. 153-154).

La persona no puede prescindir en su definición de la idea de “arraigo”, que constituye una parte insustituible de su identidad. Incluso para muchos, la pertenencia a una nación es uno de los elementos más valiosos de su identidad<sup>36</sup>. Por encima del territorio, el elemento más importante del arraigo es la lengua, como instrumento que vincula esencialmente al sujeto a la historia de un pueblo, a su cultura y a su significado. Si una lengua se pierde, desaparece el vínculo con los antepasados, con una cierta percepción del mundo y, en cierto modo, con unos valores. Suele hablarse del coste de mantener una lengua, cuando lo que debería calcularse verdaderamente es el coste incalculable que supone perderla<sup>37</sup>.

De aquí que, en buena medida, el rebrotar de los nacionalismos en el último tercio del siglo XX, a nuestro modo de ver, pueda explicarse como una necesidad de recuperar lo particular y vital que une a individuos en una comunidad, frente a la imposibilidad de identificarse y amar lo anónimo, abstracto y universal. Ante una estructura anónima con la que no se puede establecer otro vínculo que no sea el jurídico-contractual, el ser humano busca (necesita recuperar, quizá) una dimensión más cercana y sentimental, y parece encontrarla en la comunidad nacional, un ámbito donde se siente acogido y atendido en una relación más personal y menos jurídica, donde deja de ser anónimo para ser reconocido, donde se siente gustosamente a salvo porque se expresa en su lengua y reconoce como propias sus costumbres y su cultura. Un Estado en el que los ciudadanos no están dispuestos a identificarse —también emocionalmente— con él, está destinado a la desintegración. La relación Estado/ciudadanos no puede ser sólo jurídica, sino que debe mostrar también una cierta dimensión emocional (patriótica). Por consiguiente, puesto que no se puede entablar una relación emocional con lo universal, abstracto y anónimo, esto nos lleva a pensar que la cohesión de todo Estado depende en gran medida del cuidado y la valoración de la propia identidad nacional. Es más, podría pensarse que la conciencia de identidad nacional es no sólo conveniente sino indispensable para que pueda establecerse una auténtica «comunidad estatal» entre los ciudadanos.

## 2.4. Nación y autodeterminación

Aun aceptando que la idea de Estado-nación soberano y absoluto ha tenido una importancia capital en el surgimiento de la modernidad y goza de gran vitalidad en el presente, apunta MacCormick, retomando la distinción dworkiana, que no pasa de ser una (y no la única) de las concepciones que el concepto de nacionalismo ha tenido y tiene también en el presente. En su opinión sí es posible considerar un nacionalismo que parta de un principio universalizable y no sólo de

36 Por eso, como ha recordado Michael Walzer, tan inmoral puede ser la conducta guiada por un particularismo que excluye otras lealtades más amplias como la orientada por un cosmopolitismo que invalida otras lealtades más estrechas. La polémica suscitada y recogida por el ensayo de Martha NUSSBAUM, *Los límites del patriotismo*, Barcelona, Paidós 1999, se encamina a conseguir una formulación de ambos fenómenos que permita integrarlos como complementarios.

37 BEA, E., “Naciones sin Estado: la asignatura pendiente de la construcción europea”, op. cit., p. 155.

un particularismo exacerbado. Este principio vendría materializado en el **derecho de autodeterminación** de las comunidades que se han desarrollado como naciones, y que debe ser reconocido entre los principios de justicia. Se trataría de aceptar como universalizable el principio de diversidad de las agrupaciones humanas fundado en el respeto mutuo y la igualdad de derechos. Este planteamiento, excluiría del nacionalismo las ideologías fascistas, racistas o xenófobas y garantizaría una adecuada expresión política para las diversas identidades nacionales<sup>38</sup>.

Lamentablemente, este planteamiento no es el que ha perfilado jurídicamente el ejercicio del derecho de autodeterminación; por el contrario, después de la Segunda Guerra Mundial, sobre la identidad nacional se incrustaron nocivas adherencias ligadas a la xenofobia y al totalitarismo, lo que provocó que dicho concepto entrara en crisis como fundamento legitimador del nacimiento de un nuevo Estado. Esa carga negativa explica las enormes dificultades con las que, desde entonces, ha tropezado toda comunidad, grupo o etnia para ejercitar el derecho a la autodeterminación, proclamado solemnemente por los dos Pactos Internacionales de la ONU sobre Derechos Humanos en 1966<sup>39</sup>.

Ninguna de las posteriores declaraciones y resoluciones que la ONU ha emitido sobre este derecho, define el concepto de **pueblo** o de **nación**. De facto, sólo en el caso de las colonias y fideicomisos existentes después de la guerra mundial, se quiso precisar con cierta claridad quienes podrían ser sujetos del mencionado derecho. No obstante, el descrédito que el nacional-socialismo y el fascismo habían lanzado sobre el nacionalismo, provocó que el asentimiento internacional sobre el proceso de independencia de las colonias y fideicomisos no pudiera imputarse a un reconocimiento de la identidad nacional como fundamento de la autodeterminación, sino en el reconocimiento de una especie de derecho específico de las colonias a la independencia sobre su antigua metrópoli, basado en la redacción del n°3 del artículo primero de los dos Pactos Internacionales de 1966: **«Los Estados partes den este Pacto, incluyendo aquellos que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio al derecho de autodeterminación y respetarán este derecho de acuerdo con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas»**<sup>40</sup>.

38 MacCORMICK, N., "Libertad, igualdad y nacionalismo", *Sistema* 130, 1996, p. 46.

39 El artículo primero de ambos Pactos recoge una idéntica redacción: «Todos los pueblos tiene el derecho de autodeterminación. Sobre la base de este derecho determinan libremente su status político y gestionan libremente su desarrollo económico, social y cultural». Desde la proclamación de este derecho en ambos pactos internacionales la ONU ha aprobado toda una serie de resoluciones (favorables o contrarias) con relación a este derecho y su pretendido ejercicio por parte de numerosas comunidades nacionales.

40 El desarrollo del derecho de autodeterminación está muy ligado a la disputa entre los bloques occidental y oriental después de 1945. Este derecho fue promovido especialmente por los Estados socialistas, puesto que al proponerlo como el derecho más importante y garantía de los demás derechos humanos, relativizaba las clásicas libertades fundamentales que no encajaban con el modelo comunista; por otro lado, este derecho se vinculaba al de soberanía y no injerencia en los asuntos internos (art. 2.7 de la Carta de Naciones Unidas), lo cual permitía también rechazar las reclamaciones de los Estados occidentales por violación de derechos humanos sobre la base de la autodeterminación. En última instancia, debido a que sólo los Estados occidentales poseían colonias en sentido estricto, favorecer su proceso de independencia suponía debilitar a esos Estados y



Confirmando este mismo criterio, en 1970 la ONU aprueba la Resolución 2635 (XXV), de 24.10.1970, donde se contiene una importante restricción y matización al ejercicio del derecho de autodeterminación: «...**Ninguna determinación de los párrafos precedentes se ha de entender como autorización o estímulo a cualquier acción que, en parte o completamente, menoscabara o destruyera la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes, que se inspiran en el principio arriba descrito del derecho a la igualdad y del derecho a la autodeterminación de los pueblos y, por consiguiente, poseen un gobierno que representa a todo el pueblo sin diferencia de raza, de creencias y de color...**». Esta resolución supone una práctica deslegitimación del principio de nacionalidad (identidad nacional) como fundamento de las aspiraciones independentistas, por parte de toda la comunidad internacional.

En definitiva, el conjunto de documentos de la ONU sobre la autodeterminación permite establecer un doble significado del concepto. En primer lugar, se contempla una **dimensión interna**, cuyo contenido es el derecho fundamental a la cohesión política y a las relaciones democráticas dentro del propio Estado, con la dimensión añadida del respeto a la identidad y derechos de las minorías<sup>41</sup>. Esta dimensión interna del derecho de autodeterminación no resulta problemática puesto que su ejercicio, en general, no pone en peligro la integridad de un Estado como tal Estado. Por otra parte, esta autodeterminación interna goza de gran estima puesto que es la base sobre la que puede apoyarse una eventual negativa a las pretensiones de determinadas minorías nacionales de abandonar su actual ubicación estatal y provocar procesos independentistas o secesionistas.

El punto verdaderamente conflictivo y problemático se centra sobre la **dimensión externa** del derecho de autodeterminación. Esta dimensión podría definirse como el derecho de una nación o pueblo (comunidad nacional) a la propia estatalidad. Se trataría de afirmar la existencia de un derecho a fundar un Estado propio, compuesto por personas de la misma comunidad nacional o comunidad de destino (casos del País Vasco, Quebec, Santa Cruz y otros que ya hemos citado), o bien de incorporarse a otro Estado con el que dicho pueblo o nación se sienta histórica o culturalmente vinculado (caso del Kosovo y Albania).

Después de la resolución 2635 de la ONU y de la experiencia del proceso de independencia de las colonias ¿puede hablarse con fundamento de la existencia de un auténtico derecho fundamental a tener un Estado propio? La cuestión requeriría

---

granjearse la amistad de los Estados nacientes en el tercer mundo (VAN WISSEN, G., «Estado y nación», o.c., pp. 140-141).

41 No procede extenderse sobre la problemática específica que los derechos de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, presentan en el seno de los estados. Su garantía y defensa han sido establecidas jurídicamente a nivel internacional en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Por su parte la ONU ha dedicado desde entonces bastantes documentos a la situación de estos grupos, entre los más importantes el documento final de la Conferencia Mundial de Viena sobre los Derechos Humanos en junio de 1993. La Conferencia de Seguridad y Colaboración Europeas, se ocupó detenidamente de la cuestión en su reunión de Helsinki de 1992, en donde se nombró un «alto comisionado para las minorías nacionales».

naturalmente un análisis mucho más profundo y específico que escapa al ámbito de este trabajo, pero cabría apuntar lo siguiente:

a) Como ya hemos dicho, la autodeterminación de las colonias, aunque obtuvo el mismo resultado de independencia, no estuvo fundamentado sobre el principio de identidad nacional, sino sobre un derecho específico que indicaba a las colonias como sujetos activos. Tanto es así que se respetaron las antiguas demarcaciones administrativas coloniales. Por consiguiente, no puede aplicarse como precedente en sentido estricto para avalar la existencia de un derecho a la estatalidad fundado en la nacionalidad.

b) Desde un punto de vista estrictamente jurídico, no es fácil argumentar que se trate de un derecho. Como ya vimos, es fácil justificar una y otra cosa según la óptica que se adopte: la nación sometida que reivindica el derecho a la soberanía, o la del Estado que defiende el derecho a su integridad territorial.

c) Los casos que se han producido de acceso a la estatalidad por parte de un pueblo o nación en el seno de la comunidad internacional, fuera de la descolonización, nunca han sido decididos como consecuencia de argumentaciones jurídicas en clave de derechos, sino como consecuencia de juegos políticos o bélicos en clave de poder. Así ha sucedido en el proceso de desintegración de la ex Unión Soviética o de la ex Yugoslavia, donde la independencia resultaba además facilitada por la extrema debilidad del Estado anterior; los marcados intereses políticos del bloque occidental, la coincidencia entre las comunidades nacionales y su territorio, y el trazado de las fronteras de los nuevos Estados respetando las anteriores demarcaciones administrativas del antiguo Estado. Sin embargo, la esperanza, por ejemplo, de los Kurdos (en menor medida de los kosovares o de los Palestinos) sigue siendo defraudada, fundamentalmente porque chocan con Estados fuertes y con la pasividad de la comunidad internacional para respaldar su conversión en Estados soberanos.

En definitiva, al comienzo del siglo XXI, no parece que el principio de identidad nacional esté plenamente reconocido como fundamento legitimador del ejercicio del derecho de autodeterminación, que permita a una minoría nacional el acceso a la soberanía estatal. Es más, podría afirmarse que la aceptación de tal fundamento es prácticamente inexistente. Por el contrario, en el concierto internacional actual, para el acceso a la soberanía estatal, resulta irrelevante apelar a un derecho a la autodeterminación, puesto que siguen prevaleciendo las relaciones de poder y fuerza frente a las razones históricas o jurídicas. En ningún caso se aprecia una tendencia a la resolución de los conflictos secesionistas desde un punto de vista jurídico —en sede judicial-, sino que se sigue imponiendo —con alguna excepción (Québec)- el enfrentamiento bélico. El fracaso de las conversaciones de Rambouillet

entre serbios y kosovares en 1997 y el posterior ataque de la OTAN supusieron la enésima confirmación de esta realidad.

### 3. LA CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO MODELO DE ESTADO PLURINACIONAL

La imposibilidad práctica y política de reconducir la autodeterminación a un proceso jurídico derivado del cumplimiento de unos requisitos conceptuales e históricos, ha provocado una paulatina reformulación del derecho de autodeterminación por parte de las comunidades nacionales en clave de derecho a decidir libre y democráticamente su estatuto político, económico, social y cultural, sin que esto suponga de modo ineludible dotarse de un marco estatal propio. Es decir, se ha desligado el derecho de autodeterminación del derecho a la independencia o a la secesión. Lo que se reivindica ahora es el **derecho a decidir sobre el propio destino común**, con plena autonomía, sin resultados prefigurados y como exigencia universalizable. Se trata, pues, de una concepción del nacionalismo no separatista y que no reclama una identidad exclusiva y excluyente<sup>42</sup>.

Esto ha reorientado el debate nacionalista, sacándolo del contexto demonizador del secesionismo e introduciéndolo en el contexto de la pluriculturalidad. La toma de conciencia de que las sociedades han dejado de ser homogéneas y la necesidad de arbitrar fórmulas para acomodar la diversidad cultural dentro del Estado ha dado una carta de legitimidad a las comunidades nacionales en su reivindicación de derechos de autogobierno de la que previamente habían carecido. Podría decirse que la crisis del Estado-nación se ha hecho patente a raíz de la pluriétnicidad sobrevenida (a causa de la masiva inmigración hacia Occidente), pero son las identidades nacionales originarias las que abanderan el tránsito hacia un nuevo modelo de Estado pluricultural (multinacional y poliétnico), basado en un nuevo concepto de ciudadanía (diferenciada) sustentada sobre el reconocimiento de derechos colectivos. Teniendo presente un ulterior reto: la multinacionalidad sobrevenida, esto es, la exigencia de un reconocimiento institucional de grupos nacionales, no originarios, sino constituidos como consecuencia de la inmigración masiva (el caso de la comunidad musulmana es paradigmático en Europa)<sup>43</sup>.

#### 3.1. El Estadonación frente a la pluralidad cultural

El Estadonación moderno, el que surge del paradigma de la revolución francesa y norteamericana, no está concebido propiamente como pluricultural, aunque acoja en su seno la pluralidad. Es decir, acoge la pluralidad cultural en el ámbito privado, pero exige de sus ciudadanos una doble integración, política y étnica, de manera ineludible.

42 BEA, E., "Naciones sin Estado: la asignatura pendiente de la construcción europea", op. cit., p. 143.

43 Vid. KYMLICKA, W., *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003.

En efecto, la cohesión interna del Estado-nación se consigue a través de una cierta *uniformidad*, especialmente en torno a una lengua (cuyo uso se generaliza en un territorio que se considera propio) y a un relato histórico que toma como «sujeto» al Estado. Estas (y otras) características culturales permiten hablar de nación, en torno a la que se genera un sentimiento compartido de pertenencia. Pero se trata de una *uniformidad* compatible con un *relevante grado de pluralidad* (en las creencias, en los modos de vida, etc.), que se asume como manifestación legítima de la libertad de los ciudadanos y frente a la cual se observa una teórica “neutralidad”, sin potenciar o privilegiar ninguna opción. Sin embargo, esa pluralidad se garantiza sólo en el ámbito privado, protegida por el principio de no discriminación.

Pero por otro lado, el Estado-nación exige a sus miembros una doble integración: les pide una *integración política* —«fe constitucional»—, es decir, aceptación de los principios del procedimentalismo democrático y de los derechos humanos, y les pide también una *integración nacional*, es decir, asunción de los rasgos básicos que definen a la nación —se trata de una cierta integración étnica, en sentido «débil», con los amplios márgenes de pluralismo aceptados<sup>44</sup>.

En definitiva, el Estado-nación tradicional está concebido para un pluralismo “liberal” tal y como lo concibe Sartori en su ensayo *La sociedad multiétnica*<sup>45</sup>. Ese pluralismo liberal difícilmente digiere la pluriculturalidad, en sentido estricto, si por tal debe entenderse el reconocimiento político y jurídico de toda singularidad cultural en el espacio público. Para que esto pueda producirse parece imprescindible un ensanchamiento del espacio jurídico y político habilitado por el Estado-nación. Y ello es así porque la pluriculturalidad exige institucionalizar la diferencia dentro de un mismo espacio social, para personas que se identifican con culturas diversas, en función de identidades nacionales o étnicas<sup>46</sup>. De ahí la necesidad de plantear un nuevo modelo de Estado superador de las exigencias integradoras del Estado-nación y abanderado de una nueva concepción de la ciudadanía. Quienes hablan de “estado pluricultural”, se refieren a la articulación de un nuevo modelo político y organizativo que, acogiendo ciertos *modos de diversidad cultural* (momento fáctico), pretende atribuirles una dimensión significativa dentro de la propia organización institucional del Estado (momento normativo)<sup>47</sup>. El tránsito teórico hacia ese nuevo modelo de Estado parece plantearse sobre el ineludible marco de los derechos colectivos (o diferenciados), ligados al reconocimiento de las minorías nacionales y su exigencia de autogobierno y al de las minorías étnicas y los denominados derechos poliétnicos y derechos especiales de representación<sup>48</sup>.

44 ETXEBERRÍA, X., “Estado Pluricultural”, o.c., p. 141.

45 SARTORI, G., *La sociedad multiétnica*, Madrid, Taurus 2002, pp. 46-58.

46 LAMO DE ESPINOSA, E., *Culturas, Estados, Ciudadanos*, Madrid, Alianza 1995, p. 18.

47 ETXEBERRÍA, X., “Estado pluricultural”, o.c., p. 140.

48 KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós 1996, pp. 46-55.

### 3.2. El doble origen nacional y étnico de la pluriculturalidad

Los fenómenos identitarios son los que más en evidencia ponen las limitaciones del Estado-nación frente a los problemas que plantea la acomodación de la pluriculturalidad y la gestión del fenómeno nacionalista que hemos analizado<sup>49</sup>. Pero es precisamente el doble origen, étnico y nacional, de la pluriculturalidad lo que exige su tratamiento diverso a la hora de articularla en un nuevo proyecto político de Estado. Se trata, como destaca Habermas, de fenómenos distintos que no deben ser confundidos, pero que están emparentados<sup>50</sup>. En efecto, Kymlicka distingue dos modos fundamentales a través de los cuales la pluriculturalidad se hace presente en un Estado: la plurinacionalidad y la polietnicidad, ambas simultáneamente presentes en casi todos los Estados<sup>51</sup>. Cada una presenta su propia peculiaridad en el tratamiento de los derechos colectivos y en el tránsito político hacia un auténtico Estado pluricultural; pero su correcta y justa gestión se presenta hoy como un cometido esencial de la democracia<sup>52</sup>.

#### a) La plurinacionalidad del Estado

En un primer nivel, la plurinacionalidad se presenta cuando la construcción del Estado nacional no consigue imponer de modo armonioso y generalizado la doble integración que éste exige (política y étnica). Existen poblaciones, territorialmente concentradas, con lenguas y tradiciones vivas, en las cuales una parte importante de esa población no acaba de asumir la doble integración o, en un momento dado, incluso la cuestiona. En esas poblaciones siempre está latente una reivindicación de soberanía nacional frente al Estadonación en el que se encuentran<sup>53</sup>. Cuando eso

49 Las reivindicaciones identitarias actuales tienen una doble dirección: o bien surgen de los autóctonos frente al establecimiento de extranjeros (*nacionalismo reactivo*), o bien surgen de las reivindicaciones de grupos que, dentro del Estado al que pertenecen, se sienten frustrados o marginados en alguno de los sectores importantes de la vida pública y, fundamentados en su identidad étnica, representada por los elementos que mejor la simbolizan, como la lengua, la religión o el índice racial, pretenden conseguir lo que estiman su derecho (*nacionalismo identitario*, en sentido estricto). Si el primero genera, sobre todo, problemas de convivencia para el extranjero (racismo y xenofobia) y puede influir en las políticas de extranjería de los estados, el segundo fenómeno genera graves problemas en la estructura del propio estado, porque influye de manera determinante en la concepción de la ciudadanía y, en situaciones extremas, puede degenerar en un conflicto armado entre los grupos, como es el caso de musulmanes e hindúes en la India; musulmanes y cristianos en Sudán; Tutsi y Hutus en Burundi; católicos y protestantes en Irlanda; Serbios y Kosovares en Europa central o musulmanes y cristianos en el Líbano. Se podrían multiplicar los ejemplos.

50 HABERMAS, J., *La inclusión del otro*, o.c., pp. 198-200.

51 KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, o.c., pp. 25-46.

52 HABERMAS, J., *La inclusión del otro*, o.c., p. 203.

53 La intervención de la OTAN en Kosovo vino a demostrar que la efervescencia independentista había agotado su crédito y que la comunidad internacional había cerrado definitivamente las puertas al reconocimiento de nuevos procesos secesionistas. Esta realidad ha reorientado, en general, la expresión del nacionalismo hacia un nuevo contexto de reivindicación más identitario y político cultural. No obstante, las reivindicaciones de un estado propio por parte de numerosas comunidades nacionales, lejos de atemperarse se han ido agudizando en los últimos tiempos. Algunos países tienen una equilibrada relación interna entre el estado y su nación (Dinamarca, Portugal, Grecia, Japón o Suecia, por ejemplo); pero otros arrastran una compleja y tensa dialéctica plurinacional (Italia, España, Francia, Inglaterra, etc.). Cada uno de estos supuestos ofrece una problemática completamente peculiar. Desde los problemas de la regionalización italiana y la Padania del Norte, pasando por la de los Bretones o la de los corsos en Francia, hasta la «devolución» identitaria que está haciendo el Reino Unido respecto de Escocia y Gales, la complejidad de la convivencia política de flamencos y valones en Bélgica; la tensión interestatal de los länder alemanes; el catalanismo político de Cataluña; las consultas secesionistas de

sucede de hecho; es decir, cuando en estas poblaciones aparece de modo consistente un “proyecto político” de construcción nacional, nos encontramos con una primera expresión de la pluriculturalidad: el *Estado plurinacional*, en el que determinados colectivos, con asentamiento histórico en un territorio que perciben como propio, se consideran sujetos de identidades nacionales diferenciadas, cuyo tratamiento institucional excede del modelo de pluralismo liberal, basado en la no discriminación individual, y pretenden ejercitar un derecho colectivo de autodeterminación nacional<sup>54</sup>.

El propio término de *Estado plurinacional* pone de manifiesto su tensión con el Estadonación, surgido con la pretensión de remitirse a una única identidad nacional en todo el territorio –considerado indivisible desde esa unidad nacional–, que se cimienta sobre una sustancial homogeneidad cultural<sup>55</sup>. Aceptar, pues, la pluralidad de identidades nacionales (culturales) parece minar una de las bases sobre las que el Estado-nación se asienta. ¿Cómo afrontar ese conflicto? Caben tres maneras de hacerlo: afirmar el dominio de la nación mayoritaria sobre las otras (un *asimilacionismo* que hoy se presenta difícilmente justificable)<sup>56</sup>; favorecer la *secesión* de las naciones para que cada una realice el modelo de Estadonación (algo decididamente excluido por la comunidad internacional, como ya hemos visto); o aspirar a un Estado que asuma coherentemente, en el respeto de los derechos de todos, su condición de plurinacional.

Aunque ya planteamos la complejidad que reviste determinar qué debe considerarse nación y qué derechos deben reconocérsele, la articulación de un Estado plurinacional parece requerir, en opinión de Kymlicka, de dos presupuestos básicos: la determinación de las minorías nacionales bajo el criterio del asentamiento originario en el territorio del estado (no cabe adjudicar la categoría de minoría nacional a los grupos inmigrados) y el reconocimiento de derechos de autogobierno ligados a la protección “externa” de la identidad cultural diferenciada<sup>57</sup>.

### b) La polietnicidad del Estado

Hay un segundo nivel de pluriculturalidad que se suscita en el Estado nacional a causa del fenómeno inmigratorio; es decir, con la masiva afluencia de “extranjeros”, provistos de lengua, costumbres y cultura propias, cuya voluntad de integración o asimilación es escasa, y que puede generar una manifestación “reactiva”, con marcado carácter xenófobo, tendente a enfatizar la identidad del grupo cultural mayoritario

---

Québec en Canadá y el separatismo terrorista de ETA en el País Vasco.

54 ETXEBARRIA, X., “Estado pluricultural”, o.c., pp. 142-143; KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, op. cit., pp. 26-41.

55 FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., *Igualdad y Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 177-178.

56 TOURAINE, A., *Pourrons-nous vivre ensemble?*, o.c., pp. 197-201. Vid. También TOURAINE, A., *Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia*, FCE, México, 2000, (2ª ed.), pp. 77-79 y 82.

57 KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, op.cit., pp. 47-52. Mecanismos políticos para atender a las exigencias de autogobierno, ligadas a realidades identitarias de carácter nacional, dentro de un estado, se han planteado muchas: desde el estado autonómico, hasta el federalismo, sea simétrico o asimétrico, pasando por las confederaciones, las reservas de pueblos indígenas, los protectorados, los Estados asociados o los condominios.

(nacionalismo reactivo)<sup>58</sup>. Los ejemplos de Francia, Holanda y Alemania vienen siendo frecuentes (obligación de aprender los idiomas nacionales en periodos de tiempo tasados para renovar los permisos de residencia; endurecimiento injustificado de los requisitos para la adquisición de la nacionalidad de las segundas generaciones).

No obstante, cuando hablamos de *polietnicidad* en un Estado, estamos contemplando la firme voluntad de permanencia y de descendencia de los extranjeros en el país de acogida, de modo tal que ya no se les puede considerar «huéspedes». En efecto, se trata de colectivos significativamente numerosos, agrupados en un mismo territorio, cuya cultura etno-nacional originaria (religión, lengua, instituciones familiares, costumbres, etc.) tiene una marcada diferencia respecto a la cultura de la nación de acogida y existe una voluntad explícita de mantenerla (nacionalismo étnico). En estos casos, nos encontramos ante una etnicidad “sobrevvenida”, cuya convivencia en el estado puede requerir de una peculiar estructura política y organizativa<sup>59</sup>. La identidad etno-nacional de los inmigrantes puede suscitar un doble problema en la estructura del estado nacional: a) que esa identidad choque con las exigencias de integración política (derechos humanos y procedimentalismo democrático) que el estado-nación demanda; b) que su voluntad de mantener una cultura propia demande una implicación protectora del estado respecto a la misma (lengua, tradiciones e instituciones familiares, jurídicas, etc.)<sup>60</sup>.

La tensión que la polietnicidad plantea al Estado nacional se ventila en la respuesta que deba darse a esas cuestiones: ¿cabe exigir a los inmigrantes la doble integración política y nacional (cultural), o sólo cabe exigirles la primera de ellas (por remitir a derechos deberes universales) pero no la segunda, en la que procede reconocer las diferencias identitarias?

Partidario, con matices, de la primera opción es Kymlicka. Parte de la base de que no cabe atribuir a las minorías inmigrantes la categoría de minorías “nacionales”,

58 El nacionalismo reactivo, suscitado por la inmigración masiva, plantea también una interesante paradoja a la legitimidad esgrimida por el estado nacional. Tildamos de *extranjeros* a quienes mantienen su condición de “no nacionales” (por propia voluntad o por imposibilidad) y, por ello, son excluidos de la deliberación y decisión pública y de la distribución equitativa de la riqueza, aunque se acepte su contribución a la producción. Esto plantea ya, como afirma Etxebarria, un grave problema moral a los estados. Dado que su legitimidad se construye desde su remisión a los derechos humanos universales, un estado de derecho no pueden justificar que un ser humano, precisamente por el hecho de estar en su territorio, no disfrute eficazmente de estos derechos. El que los estados nacionales se constituyan como mediadores en la realización de los derechos humanos pide, por un lado, que estos sean verdaderos mediadores de cara a sus ciudadanos y, por otro, que no se margine a quienes residiendo en ese estado no son “nacionales”. En coherencia con el principio de legitimidad de los estados, los extranjeros deberían ser reconocidos como sujetos de todos los derechos y deberes de la ciudadanía (ETXEBARRIA, X., “Estado pluricultural”, op. cit., p. 143).

59 El mundo está lleno de estas minorías étnicas que, en algunos casos, son fruto inesperado de cambios políticos traumáticos. Por ejemplo, más de dos millones de rusos han visto pasar su condición de etnia dominante a minoría en las tres ex-repúblicas bálticas de Estonia, Letonia y Lituania. Es también el caso de tribus y etnias que han sufrido la opresión de los nuevos Estados surgidos de la descolonización y reivindican una vuelta a sus viejos nacionalismos fundamentalistas, tal y como surgieron en los orígenes de la lucha por la independencia (África, India, Pakistán, etc., presentan abundantes ejemplos). Pero Europa, en particular, está llena de estos casos: húngaros en Rumania, albaneses en Serbia y Montenegro, serbios en Croacia y Bosnia, turcos en Bulgaria, armenios en Azerbaiyán, polacos en Lituania, uzbekos en Tajikistán, etc.

60 ETXEBARRIA, X., “Estado pluricultural”, o.c., pp. 143-144.

concediéndoles la posibilidad de erigir una cultura separada basada exclusivamente en la peculiaridad de su lengua materna. Afirma que “la expectativa de la integración no es injusta” puesto que la inmigración supone, en cierto modo, una renuncia al derecho de vivir y trabajar en la propia cultura. El desarraigo “voluntario” supone, pues, la renuncia voluntaria a algunos derechos inherentes a la pertenencia nacional original. En todo caso, estima que la expectativa real de los inmigrantes es la integración en la sociedad de acogida. En su opinión, la identidad diferencial de los inmigrantes es perfectamente acomodable dentro del contexto cultural de la sociedad de acogida, de ahí que la integración resulte válida para responder al resurgimiento étnico, si bien esa integración debe tener un sentido bidireccional (desde la sociedad de acogida y desde los inmigrantes). Se trataría, pues, de revisar los términos de la integración de los inmigrantes (derechos poliétnicos: acomodación de calendarios festivos, bilingüismo, uniformidades, etc.), pero no de rechazarla exigiendo derechos nacionales<sup>61</sup>.

Aceptar la segunda hipótesis supondría avalar la articulación de un Estado poliétnico en el que la diversidad cultural expresada por los inmigrantes, no sólo tuviera un reconocimiento diferencial sino nacional, en paridad con las minorías nacionales originarias, que pudiera fundamentar, incluso, derechos de autogobierno. Tal posibilidad, aunque desde el punto de vista teórico no resultara incoherente ni injusta (siempre que se dieran las características propias de la identidad nacional) no resulta, sin embargo, realista. Como apunta Kymlicka, hay importantes diferencias entre inmigrantes y colonos. Y, en efecto, resulta poco realista la posibilidad de reservar territorios específicos para los inmigrantes de las mismas etnias y carece de sentido apelar al arraigo, cuando la realidad del inmigrante es precisamente la contraria (el desarraigo)<sup>62</sup>.

### 3.3. Identidad cultural y reconocimiento de derechos colectivos

El nuevo modelo de Estado multinacional plantea un reconocimiento público de derechos **diferenciales** anejos a la nacionalidad (y a la etnicidad), respetando no sólo el principio de no discriminación de los individuos, sino también el de no discriminación entre las comunidades. Y ello es así porque, tanto los que constituyen una comunidad nacional (como los que proclaman su diferencia étnica), necesitan para la protección de su identidad cultural algo más que el principio liberal de no discriminación personal. Necesitan poder elegir sus opciones, en el contexto de su cultura minoritaria, en igualdad de condiciones con quienes las realizan en el contexto de la mayoritaria.

61 KYMLIKA, W., *Ciudadanía multicultural*, o.c., pp. 135-144. Puesto que para Kymlicka es la voluntariedad de la inmigración lo que justifica la integración, sólo la involuntariedad del desarraigo comportaría una excepción a esa regla general y permitiría la concesión de determinados derechos nacionales. En esta condición particular de involuntariedad se encontrarían los refugiados y habría que considerar el caso de los inmigrantes obligados a desarraigarse por la pobreza, situación a la que no somos ajenos los países ricos de acogida (pp. 139-141)

62 KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, o.c., pp. 135-136.



En efecto, los que se consideran minorías nacionales sin Estado, entienden que hay aspectos fundamentales de su cultura nacional (la lengua, la historia, la referencia al territorio, las instituciones propias, etc.) que exigen una dimensión específicamente pública (una planificación educativa, una ordenación del territorio, una política de inmigración, etc.) que sólo puede realizarse adecuadamente como consecuencia del autogobierno (en su acepción más radical entienden que debe expresarse como la soberanía política propia de un estado).

Por su parte, los grupos inmigrantes con conciencia identitaria, además de la no discriminación individual y del reconocimiento de sus derechos como ciudadanos, demandan también (y sobre todo) la no discriminación colectiva. Entienden que los Estados nacionales, en los que viven y trabajan, se sustentan sobre múltiples rasgos culturales propios, enraizados en sus tradiciones, que son la base de su identidad nacional (la religión tradicional y dominante, una cierta institucionalización familiar, determinadas costumbres personales y sociales, etc.). Consideran también que estos rasgos son, de hecho, públicamente protegidos y fomentados (a través de políticas educativas, de subvenciones públicas, etc.) en detrimento de otras tradiciones. Interpretan esto como una cierta discriminación «colectiva» hacia su religión, sus costumbres y tradiciones que están en la base de su propia identidad. Sin pretender enfrentarse a la cultura nacional, incluso aceptando que ésta tenga prevalencia pública (lengua e historia), piden que también su propia cultura sea protegida con su presencia en el ámbito público (los llamados derechos poliétnicos: escuela, calendarios festivos, etc.)<sup>63</sup>.

La concepción "liberal", en efecto, parte de que el origen de los derechos no está en la comunidad sino en el individuo; de ahí que encuentra el fundamento de los derechos colectivos en el derecho de todo individuo a mantener y expresar su identidad cultural, lingüística y religiosa. Es decir, también la tradición liberal más clásica (Mazzini, Humboldt) entiende que la gestación de la individualidad y el desarrollo de la personalidad humana están íntimamente ligadas a la pertenencia al propio grupo nacional, debido al importante papel que la lengua y la cultura juegan en la conformación de las opciones que cada sujeto elige. En ese sentido, una sociedad liberal, basada en la igualdad de consideración y respeto hacia las legítimas opciones de vida de todos sus miembros, no puede permitir que haya ciudadanos de primera (los de la cultura dominante, cuyas opciones son privilegiadas) y ciudadanos de segunda (los de las culturas minoritarias, relegadas a opciones marginales), sino que la justicia exige aceptar un presupuesto -la pluriculturalidad- y una consecuencia: arbitrar los procedimientos políticos necesarios para que exista una igualdad en la expresión de los diferentes modos de vida, originados en culturas diferentes. Por ello, aún desde una concepción individual de los derechos, el Estado nacional se ve obligado a conceder relevancia pública a determinadas manifestaciones colectivas de

63 ETXEBARRIA, X., "Estado pluricultural", o.c., p. 143-144.

carácter identitario. La dificultad radica, naturalmente, en cómo delimitar e identificar lo que entendemos por **identidades culturales** diferenciadas.

El término «cultura», en sentido débil, alude a un conjunto de costumbres que pueden atribuirse a determinados grupos cuyo carácter puede ser étnico, de edad, clases sociales, tendencia sexual, etc. Pero, en sentido fuerte, alude a un conjunto de pautas de pensamiento y de conducta, que dirigen las actividades y producciones materiales y mentales de un pueblo y que permiten diferenciarlo de los demás. La cultura incluye, pues, formas de conducta, reguladas por normas y sustentadas por valores que las legitiman y hacen comprensibles, y también prácticas legitimadas e institucionalizadas, siendo la lengua el vehículo esencial de identificación y la religión el mecanismo usual de legitimación. Kymlicka la denomina "**cultura societal**", e incluye en ella no sólo memoria y valores compartidos, sino también instituciones y prácticas comunes (vida social, educativa, recreativa, religiosa y económica, abarcando las esferas pública y privada)<sup>64</sup>. Cultura, en este sentido fuerte, vendría a significar una **cosmovisión**, como un modo de concebir el sentido de la vida y de la muerte, que justifica la existencia de diferentes normas y valores morales. Se trata de una **cosmovisión**, más o menos perfilada, que una generación adulta quiere legar a sus descendientes; por eso las culturas son intergeneracionales<sup>65</sup>.

¿Cuál es la razón por la cual las identidades culturales colectivas deberían ser respetadas y jurídicamente protegidas? Esta razón no se encuentra en el valor intrínseco de cada una de ellas (no todas las manifestaciones de una cultura son respetables), ni en la presunción de que todas las culturas son igualmente valiosas (el relativismo cultural no es defendible)<sup>66</sup>. La razón se encuentra en que la **identidad personal** de cada individuo no es abstracta, es intersubjetiva y sólo puede aquilatarse en un contexto social y cultural de pertenencia<sup>67</sup>. Las cosmovisiones o culturas societales suponen, en palabras de Dworkin, "un léxico compartido de tradición y convención", lo cual significa que cada una de ellas proporciona al individuo el marco de libre elección de su proyecto vital (el conjunto de opciones posibles), pero además le proporciona las pautas (creencias) con las que puede enjuiciar el valor y la importancia de esas opciones. Como apunta Kymlicka, aquello que dota de sentido a la libertad individual es la participación en una cultura concreta, puesto que son las culturas las que nos ofrecen el contexto de elección que necesitamos (nadie elige en vacío o desde cero, se elige siempre con el trasfondo de un horizonte de posibilidades). Las culturas, pues, no son valiosas por sí mismas (frente a ciertas pretensiones comunitaristas), sino porque se muestran como condición de posibilidad de nuestra autorrealización. Dicho de otro modo: la capacidad de las personas de realizar elecciones significativas depende del acceso a una cultura societal. Los

64 KYMLIKA, W., *Ciudadanía multicultural*, oc..., p. 112.

65 LAMO DE ESPINOSA, E., *Culturas, Estados, Ciudadanos*, op.cit., pp. 15-16.

66 FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., *Igualdad y Derechos Humanos*, o.c., pp. 181-183.

67 MARTÍNEZ-PUJLATE, A.L., "Derechos humanos e identidad cultural. Una posible conciliación entre interculturalidad y universalidad", en *Persona y Derecho* n°38, 1998, pp. 120-127.

vínculos de la lengua y la cultura son particularmente fuertes y persistentes, y aun cuando las personas pueden, por supuesto, trasladarse de una cultura a otra, eso es algo infrecuente y muy costoso que, como apunta Rawls, a nadie puede exigirse contra su voluntad. Ciertamente, las culturas liberales han ido perdiendo elementos diferenciales e incorporando elementos compartidos con otras culturas, pero ese fenómeno (globalización) ha ido parejo, como vimos, al crecimiento del sentimiento nacionalista y a la valoración de la propia identidad y pertenencia. Ello parece una consecuencia de que el respeto y la estima que cada persona siente sobre sí misma están estrechamente vinculados a la estima que merece su cultura nacional<sup>68</sup>.

Establecida la intrínseca vinculación de la identidad cultural con el ejercicio de la libertad, podría afirmarse el derecho a una cultura (forma de vida en común significativa para el sujeto) y se estaría legitimado para exigir sus condiciones de viabilidad en el ámbito público, no relegándolas a la esfera privada. Ese reconocimiento se concreta en la protección jurídica y en la atribución de la plenitud de la ciudadanía; esto es, en el reconocimiento de una identidad colectiva diferenciada, basada sobre el reconocimiento de derechos diferenciados. Como señala Amy Guttmann, el pleno reconocimiento de ciudadanos iguales puede requerir dos formas de respeto: a la identidad única de cada individuo, cualquiera que sea su sexo, raza o etnia y a las concepciones del mundo que son objeto de un alto aprecio por los grupos a los que se encuentran estrechamente vinculados<sup>69</sup>.

Desde esta perspectiva, existen diferencias culturales que no pueden mantenerse y transmitirse contando sólo con la protección de los derechos civiles y políticos individuales. Los **derechos colectivos** funcionan entonces como «protecciones externas» para los grupos étnicos, porque impiden que las instituciones del grupo se vean atropelladas por las decisiones de la mayoría. Las protecciones externas son, pues, intergrupales, pero ¿qué sucede en el interior de los grupos étnicos? ¿Es tolerable que priven de autonomía a sus miembros? Kymlicka reconoce que los derechos colectivos tienen, sobre todo, dos límites: un grupo no puede escudarse en sus derechos como colectivo para oprimir a sus propios miembros, ni tampoco para dominar a otro grupo. Es decir, los grupos no pueden utilizar sus derechos como «restricciones internas», pretendiendo limitar la libertad de sus miembros para cuestionarse o apartarse de sus prácticas tradicionales. Se trata, pues, de articular un complejo modelo convivencial que asegure la igualdad entre los grupos, y la libertad e igualdad dentro de los grupos. Algo que, como el propio Kymlicka reconoce, se sostiene bien en un planteamiento teórico, pero no resulta fácil en la práctica<sup>70</sup>.

68 KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, o.c., pp. 122-133.

69 GUTTMANN, A., "Introducción" en TAYLOR, C., *El multiculturalismo y la política de reconocimiento*, México, FCE, p. 21.

70 Sin embargo, aun aceptando que no son admisibles las restricciones internas, Kymlicka entiende que no es lo mismo describir una teoría defendible de los derechos de los grupos que imponerla. En su opinión, es preferible que los liberales se acostumbren a convivir en sus países con grupos no liberales (por ejemplo, el pueblo indio), como lo hacen con grupos no liberales de otros países (KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, op. cit., pp. ).

En definitiva, la existencia de un derecho a la protección de las identidades culturales, como acertadamente señala Encarnación Fernández, comporta cuatro importantes presupuestos. Desde el punto de vista de su titularidad, se trata de un derecho humano individual y no de un derecho colectivo, aunque reviste la peculiaridad, como ya aclaraba Kimlycka, de que se ostenta en cuanto que se es miembro de una minoría cultural. Desde el punto de vista político y jurídico, carece de sentido esforzarse por mantener vivas aquellas culturas que ya no son relevantes ni significativas para nadie. La supervivencia de las culturas, como apunta Habermas, depende de la voluntad de los miembros de un grupo de querer mantener esa identidad. Desde el punto de vista contextual (intergrupar), subrayado especialmente por Touraine, igualdad y diversidad deben conciliarse desde la supremacía de la libertad del sujeto. Por último, desde la perspectiva de los límites de ese derecho, resulta exigible el respeto absoluto a la dignidad de la persona (aceptando las denominadas "protecciones externas" pero rechazando las "restricciones internas")<sup>71</sup>.

#### 4. ALGUNAS CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto, cabría establecer algunas conclusiones relevantes:

a) Es importante rescatar la identidad nacional del proceso de demonización al que ha sido sometida a causa de la experiencia fascista y nacionalsocialista, y de su equiparación con fenómenos totalitarios y xenófobos, fomentando, en cambio, su auténtico papel y significado en el marco de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, que debería superar el modelo individual contractualista, diseñado por el racionalismo desde la posguerra, para situarse en el plano del reconocimiento colectivo.

b) Aunque no haya que considerar, por principio, que la secesión es siempre un fenómeno indeseable y traumático, consecuencia perversa del nacionalismo, es cierto que después de la experiencia de Kosovo, existe una imposibilidad práctica y política de sustanciar la reivindicación del derecho de autodeterminación a través de un proceso jurídico reglado que pueda desembocar pacíficamente en la secesión y en la creación de un nuevo estado nacional. Esto ha provocado una paulatina reformulación del derecho de autodeterminación de las comunidades nacionales en clave de derecho a decidir libre y democráticamente su estatuto político, económico, social y cultural, sin que esto suponga de modo ineludible dotarse de un marco estatal propio. Es decir, se ha desligado el derecho de autodeterminación del derecho a la independencia o a la secesión. Se reivindica es el derecho a decidir sobre la propia situación, con plena autonomía, sin resultados prefigurados y como exigencia universalizable. Se trata de una evolución del nacionalismo, desde el separatismo hacia la construcción de un modelo de estado multinacional.

71 FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., *Igualdad y Derechos Humanos*, o.c., pp. 185-192.

c) Las identidades nacionales, expresión de las diversas identidades culturales, tienen pleno sentido, arraigo y vigor en la era de la globalización, en cuanto que no son, en absoluto, una amenaza a la universalidad de los derechos, sino que, por el contrario, son el presupuesto de un ejercicio significativo de las libertades individuales. La capacidad de las personas de realizar elecciones significativas depende de su pertenencia a una cultura nacional. Puede afirmarse, pues, la existencia de un derecho individual a la identidad cultural (protección institucional de formas específicas de vida en común), como exigencia intrínseca de la identidad personal. Su articulación política en clave de derechos colectivos o diferenciados, debe entenderse desde la atribución de su titularidad en función de la pertenencia a un grupo nacional o étnico.

d) El reconocimiento pleno de la pluriculturalidad exige una nueva articulación del Estado, como multinacional y poliétnico. La respuesta del cosmopolitismo resulta excesivamente teórica y débil. La apuesta por el reconocimiento de una ciudadanía diferenciada, presenta diversos niveles según la "naturaleza" nacional o étnica (originaria o sobrevenida) de los grupos presentes en el Estado. Pero, en todo caso, exige afrontar el reconocimiento de derechos colectivos ligados a la identidad cultural (sea nacional o étnica).

CREACIÓN Y FUNCIONES DEL COMITÉ CONTRA EL  
RACISMO Y LA DISCRIMINACIÓN  
(Artículos 7 y 9)

ESTABLISHMENT AND FUNCTIONS OF THE  
COMMITTEE AGAINST RACISM AND DISCRIMINATION  
(Articles 7 and 9)

*Rev. boliv. de derecho* n° 12, julio 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 30-43



Luis  
POMED S. y  
Nuria  
SANGÜESA R.

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 7 de febrero de 2011

**ARTÍCULO APROBADO:** 28 de febrero de 2011

**RESUMEN:** Este trabajo analiza los artículos 7 y 9 de la Ley boliviana contra el racismo y toda forma de discriminación, que crean el Comité Nacional Contra el Racismo y toda Forma de Discriminación, diseñando sus líneas fundamentales y exponiendo sus principales tareas. Se reflexiona sobre el papel de este organismo en el sistema de lucha contra la discriminación diseñado en la ley, para lo que se presta atención a la filosofía de la norma, así como al papel y funcionamiento de los organismos europeos especializados en la promoción de la igualdad y la no discriminación. Finalmente, se realizan una serie de propuestas que podrían coadyuvar al buen funcionamiento del órgano.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos fundamentales, discriminación, lucha contra la discriminación, racismo, organismos especializados, políticas públicas.

**ABSTRACT:** Articles 7 and 9 of the Bolivian Law against racism and all the ways of discrimination set up the National Committee Against Racism and All the Ways of Discrimination, and design the main features of this organism. This paper analyzes these articles. After that, it makes some observations on the role it plays on the Bolivian system of fight against discrimination. The paper pays attention to the Bolivian law's vision, and to the workings and the role of the European official agencies against racism and discrimination. Lastly, the paper makes some proposals which could help to the proper functioning of the analysed agency.

**KEY WORDS:** Fundamental Rights, discrimination, fight against discrimination, racism, specialized agencies, public policies.

**SUMARIO:** I.- INTRODUCCIÓN. II.- SUCINTA EXPOSICIÓN DEL CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS 7 Y 9. III.- EL PAPEL DEL COMITÉ. ANÁLISIS DE SUS "TAREAS PRINCIPALES". 1. Diseño y adopción de una política pública de prevención y lucha contra el racismo y la discriminación. 2. Tareas de carácter honorífico. 3. El control de la vía disciplinaria. IV.- UN IMPORTANTE RETO: HACER DEL COMITÉ UN ÓRGANO EFICAZ. 1. La filosofía de la Ley. 2. Otras experiencias. Los organismos especializados en la promoción de la igualdad y la no discriminación en la Unión Europea. 3. Algunas propuestas en pos de la transversalidad de la lucha contra el racismo y la discriminación. V.- CONCLUSIONES.

---

## I.- INTRODUCCIÓN.

En las páginas que siguen se analizará sucintamente el contenido de los artículos 7 y 9 de la Ley de la Asamblea legislativa plurinacional de Bolivia número 737, de 8 de octubre de 2010, contra el racismo y toda forma de discriminación. Estos preceptos, integrados en el capítulo III de la ley (rubricado "Del Comité Nacional Contra el Racismo y toda Forma de Discriminación"), proceden a la creación y diseño de las líneas fundamentales de un organismo de importancia capital para la suerte que hayan de correr los objetivos perseguidos por el legislador; a saber, la eliminación de las conductas racistas y de todas las formas de discriminación, así como la consolidación de las políticas públicas de protección y prevención de los delitos de racismo y discriminación (art. 1.2): el Comité Nacional Contra el Racismo y toda Forma de Discriminación (en adelante y en aras de la brevedad, "el Comité").

Partiendo del análisis de esas dos normas apuntaremos una reflexión más amplia acerca del papel decisivo que este organismo está llamado a representar en el sistema de lucha y prevención contra el racismo y toda forma de discriminación que la recientísima ley boliviana trata de implantar; y, más en general, sobre las potencialidades que tiene la creación de este tipo de organismos en todo sistema de lucha contra la discriminación, y sobre la mejor manera de aprovechar estas potencialidades. Esta reflexión ha de permitirnos la realización de algunos comentarios y la exposición de algunas sugerencias acerca del modo en que el Comité podría cumplir satisfactoriamente sus cometidos.

### • Luis Pomed Sánchez

Letrado y analista del Tribunal Constitucional de España.

### • Nuria Sangüesa Ruiz

Licenciada en Derecho, especialista en Ciencia Política y Derecho Constitucional, doctoranda en "Estudios superiores en Derecho Constitucional" de la Universidad Complutense de Madrid y becaria en el Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional español.



## II.- SUCINTA EXPOSICIÓN DEL CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS 7 Y 9.

Como expresión del compromiso de la Asamblea legislativa en la lucha contra el racismo y la discriminación en todas sus formas, la creación del Comité se materializa en el articulado mismo de la Ley. Concretamente, su art. 7 se abre con la declaración de que “se crea el Comité Nacional contra el Racismo y toda Forma de Discriminación”, órgano al que se atribuye la misión de “promover, diseñar e implementar políticas y normativa integrales contra el racismo y toda forma de discriminación”.

De acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 7, el Comité queda “bajo la tuición del Ministerio de Culturas a través del Viceministerio de Descolonización”. La vinculación del Comité con el indicado Departamento ministerial es coherente con el hecho de que entre los “objetivos estratégicos” del Ministerio de Culturas figure el de “diseñar e implementar políticas, normativa y acciones de lucha contra el racismo y la discriminación, a través de la puesta en valor de las culturas, la difusión de los idiomas oficiales y la protección de los derechos culturales colectivos e individuales.”<sup>1</sup>

No obstante, la incardinación orgánica del Comité puede acabar convirtiéndose en un riesgo para la plena efectividad de su labor; pues si bien toda discriminación tiene una base cultural, no todas las formas de discriminación inciden sobre culturas o grupos culturales o étnicos; en particular, la discriminación contra la mujer se manifiesta destacadamente en el seno del propio grupo cultural. Sorprende, por otro lado, el grado de detalle al que llega el legislador al identificar no sólo el Ministerio del que depende el Comité sino, incluso, el Viceministerio a través del cual se ejercen las funciones de tutela: el Viceministerio de Descolonización. Esta misma dependencia, en perjuicio del Viceministerio de Interculturalidad, pone de relieve una concepción de la lucha contra el racismo y la discriminación plenamente respetuosa con la historia boliviana pero quizás poco acorde con las demandas de una sociedad abierta contemporánea.

Por lo demás, en el art. 7 se establece la división interna del Comité en dos Comisiones, de lucha contra el racismo y de lucha contra toda forma de discriminación respectivamente, y se dispone que el funcionamiento de ambas queda al cargo de la Dirección General de lucha contra el racismo y toda forma de discriminación, del Viceministerio de descolonización. De nuevo hemos de manifestar respetuosamente nuestra sorpresa ante el grado de detalle al que llega en este punto la Asamblea legislativa plurinacional de Bolivia, que ahora alcanza nada menos que al nivel de dirección general.

Tras establecer el art. 8 de la Ley la composición del Comité, el art. 9 enumera las “tareas principales” que está llamado a desempeñar. La afirmación de que las

<sup>1</sup> [http://www.minculturas.gob.bo/mdcb/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1089&Itemid=254](http://www.minculturas.gob.bo/mdcb/index.php?option=com_content&task=view&id=1089&Itemid=254).

tareas mencionadas en el precepto son las “principales” no se compadece muy bien con el grado de detalle que el legislador alcanza en su concreción. Por lo demás, no contiene la ley que nos ocupa referencia alguna a otras tareas del Comité que podamos calificar de accesorias o secundarias, en comparación con las “principales” pormenorizadas en el art. 9<sup>2</sup>.

### III.- EL PAPEL DEL COMITÉ. ANÁLISIS DE SUS “TAREAS PRINCIPALES”.

Como ya hemos avanzado, en la arquitectura de la Ley contra el racismo y toda forma de discriminación el Comité se erige en pieza clave del sistema de protección y sanción de los actos que la ley se propone combatir. Según se declara en su art. I —que lleva por rúbrica “objeto y objetivos”—, con la aprobación de la Ley la Asamblea legislativa plurinacional persigue el doble objetivo de “eliminar conductas de racismo y toda forma de discriminación”, así como de “consolidar políticas públicas de protección y prevención de delitos de racismo y toda forma de discriminación”. A tal fin, el art. I. I define el objeto de la Ley con estas palabras:

“La presente Ley tiene por objeto establecer mecanismos y procedimientos para la prevención y sanción de actos de racismo y toda forma de discriminación en el marco de la Constitución Política del Estado y Tratados Internacionales de Derechos Humanos.”

A este respecto, interesa subrayar que la Constitución Política menciona como primero de los “fines y funciones esenciales del Estado” el de “constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales” (art. 9. I). En línea con este fin legitimador de la acción de los poderes públicos bolivianos, el art. 14.2 dispone lo siguiente:

“El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.”

Al margen de esta minuciosa enumeración de eventuales tratos discriminatorios proscritos directamente por el texto constitucional, interesa añadir que la Constitución Política del Estado vincula sus disposiciones en materia de derechos

2 Acaso pudiera merecer ese calificativo de accesorias la tarea reseñada en el art. 10 de la ley, a cuyo tenor “con fines de registro y seguimiento, el Comité Nacional Contra el Racismo y toda forma de Discriminación; el Ministerio de Culturas a través del Viceministerio de Descolonización, sistematizará y producirá información sobre los procesos administrativos y judiciales iniciados por causa de racismo y toda forma de discriminación.”

fundamentales con el Derecho internacional de los derechos humanos. En este punto debe hacerse notar que el art. 13.4 de la Constitución Política del Estado, de evidente semejanza con el art. 10.2 de la Constitución española de 1978, dispone que “los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. En línea con esa atención al contexto internacional, al que indudablemente ha de referirse la acción de los Estados en defensa de los derechos fundamentales, el art. 1.1 *in fine* de la Ley contra el racismo y toda forma de discriminación sitúa su objeto “en el marco de” los Tratados internacionales de derechos humanos.

Dicho esto nos hallamos ya en condiciones de afirmar que si, de una parte, la eliminación de todo tipo de comportamientos racistas o discriminatorios en la sociedad boliviana representa la finalidad última de la Ley de acuerdo con lo establecido en su art. 1, esa misma finalidad es una exigencia constitucional dimanante del primero de los “fines o funciones esenciales del Estado” proclamados por el art. 9.1 de la Constitución Política y de la exigencia de plena vigencia y efectividad del mandato de proscripción de discriminación que se contiene en el art. 14.2 de la Norma Suprema del Estado plurinacional. De modo que la Ley representa un instrumento más al servicio de esa finalidad, que proporciona unos de mecanismos y procedimientos que conforman todos ellos un auténtico sistema de prevención y protección frente a los comportamientos discriminatorios.

El Comité Nacional contra el Racismo y toda Forma de Discriminación, creado por el artículo 7, y cuyas “tareas principales” se relacionan en el precepto número 9, está llamado a situarse en el centro neurálgico de este sistema. No en vano, al Comité le corresponde coordinar y hacer efectivos varios de los más importantes mecanismos y procedimientos que la norma legal prevé.

A efectos puramente sistemáticos estructuraremos la exposición de esas tareas en tres bloques, referidos al diseño y adopción de una política pública de prevención y lucha contra el racismo y la discriminación; las acciones que revisten un carácter eminentemente honorífico y, por último, el control de la vía disciplinaria.

### **I. Diseño y adopción de una política pública de prevención y lucha contra la discriminación.**

Algunas de las tareas previstas en el art. 9 de la Ley, como la formulación de un diagnóstico y la elaboración de un plan nacional de acción contra el racismo y toda forma de discriminación, contempladas en la letra a), se encuentran íntimamente vinculadas al principal mecanismo de erradicación de la discriminación definido en el artículo 6 de la Ley contra el racismo y toda forma de discriminación: “la definición y adopción de una política pública de prevención y lucha contra el racismo y toda

forma de discriminación, con perspectiva de género y generacional, de aplicación en todos los niveles territoriales nacionales, departamentales y municipales”.

A este mismo grupo pertenecen, además de la tarea prevista en la letra a) aquellas otras que tienen por objeto “promover, desarrollar e implementar políticas públicas de prevención y lucha contra el racismo y toda forma de discriminación” [art. 9 b)]; “precautelar el respeto a la igualdad y no discriminación en las propuestas de políticas públicas y proyectos de ley” [art. 9 c)]; proceder al “seguimiento, evaluación y monitoreo a la implementación de políticas públicas y normativa vigente contra el racismo y toda forma de discriminación” [art. 9 d)] y “promover la conformación de Comisiones y Comités contra el Racismo y toda forma de Discriminación, con el propósito de implementar medidas de prevención en el marco de las autonomías” [art. 9 g)]. En la medida en que el ya citado artículo 6 recoge las líneas principales que la política contra el racismo debe seguir, estableciendo una serie de acciones que deben llevarse a cabo en el marco de la misma, el Comité estará, a la hora de cumplir estas tareas, vinculado por esas líneas principales y por las acciones que obligatoriamente deben llevarse a cabo al desarrollar esta política.

La función atribuida al Comité en el art. 9 a) lo convierte en instrumento fundamental para la definición de la política pública de prevención y lucha contra el racismo; hasta el punto de que bien puede hablarse de una auténtica reserva de iniciativa en la formulación de un plan nacional a favor del Comité. Ciertamente, en el ejercicio de esta función, el Comité ha de estar a lo previsto en el art. 6 de la Ley, lo que constriñe notablemente su libertad de configuración, pero esta limitación opera sobre una previa configuración del Comité que reúne algunas de las características definidoras de las agencias reguladoras independientes. No parece que estuviera en el ánimo de la Asamblea legislativa plurinacional crear una Administración independiente en este ámbito, pero es lo cierto que la Ley que nos ocupa se ha decantado por esta opción. La configuración del Comité como una agencia reguladora independiente se refuerza en el art. 9 b), que le atribuye la promoción, desarrollo y aplicación de “políticas públicas de prevención y lucha contra el racismo y toda forma de discriminación”.

A su vez, el apartado c) del artículo 9 atribuye al Comité competencia para adoptar las medidas necesarias a fin de salvaguardar “el respeto a la igualdad y no discriminación en las propuestas de políticas públicas y proyectos de ley”, encomendándole la tarea de velar por que la totalidad de las políticas públicas y leyes que sean elaboradas a partir de su puesta en funcionamiento respeten esa política pública de prevención y erradicación de la discriminación que se pretende crear y consolidar mediante la creación del Comité, impidiendo que esas nuevas normas o políticas incorporen contenidos que pudieran resultar racistas o discriminatorios, entrando en contradicción con la citada política anti-discriminación. Se trata de

una función de proyección transversal que se corresponde con la naturaleza de las políticas de lucha contra el racismo y la discriminación.

La lógica de la tarea impuesta al Comité en el punto d), consistente en el seguimiento, evaluación y monitoreo de la puesta en práctica de las políticas públicas y de la normativa vigente en la materia, es, en cierto modo, similar a la de la función anterior. Y es que no basta con definir una buena política pública de prevención y lucha contra la discriminación para que la misma sea efectiva, sino que es también absolutamente necesario controlar su aplicación práctica, no sólo mediante el conocimiento de su efectividad, sus consecuencias y de cómo se desarrolla una vez puesta en marcha (para lo que se dota al Comité de esta función de seguimiento y monitoreo), sino también, como en el caso de la función recogida en el art. 9 c), impidiendo que otras normas o políticas puedan menoscabar o erosionar las políticas públicas de lucha contra el racismo y la discriminación.

La última de las funciones que cabe encuadrar en este grupo es la recogida en el punto g), en virtud del cual corresponde al Comité "promover la conformación de comisiones y comités contra el racismo y toda forma de discriminación con el propósito de implementar medidas de prevención en el marco de las autonomías". Esta tarea entronca directamente con el mandato, contenido en el artículo 6 de la Ley, de que la política de prevención y lucha contra la discriminación se aplique "en todos los niveles territoriales nacionales, departamentales y municipales", y parece perseguir una mayor efectividad de la tan citada política mediante la creación de un sistema descentralizado de entidades de creación e implantación de medidas antidiscriminatorias.

## 2. Tareas de carácter honorífico.

Se integran en este segundo bloque las tareas mencionadas en las letras h) e i) del artículo 9 que también presentan, como no podía ser de otro modo, una estrecha relación con el mecanismo previsto en el artículo 6: la creación de una política pública de prevención de la discriminación. Sin embargo, a diferencia de las funciones mencionadas en el epígrafe anterior, las que ahora nos ocupan no tienen por objeto la definición o puesta en marcha de esa política pública, sino aspectos que en ocasiones se minusvaloran pero que tienen gran trascendencia para la percepción social de la citada política pública: el reconocimiento de quienes destacan en la lucha contra el racismo y la discriminación y de las figuras emblemáticas de las etnias históricamente marginadas.

Así, de acuerdo con el art. 9 h) corresponde al Comité "promover el reconocimiento público de personas naturales y/o jurídicas estatales o privadas que se hayan destacado por su labor en contra de la discriminación racial o toda forma de discriminación". Por su parte, en el art. 9 i) se le encarga al Comité la promoción

del "reconocimiento de los héroes y heroínas bolivianas y bolivianos, pertenecientes a las naciones pueblos indígena originario campesinos, el pueblo afroboliviano y de comunidades interculturales". Ambas son parte integrante de las medidas que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6, deben ponerse en marcha como parte de una adecuada política de prevención y lucha contra el racismo y la discriminación. Concretamente, la letra i) del art. 9 recoge literalmente una de las acciones que necesariamente deben adoptarse "en el ámbito de la Administración pública" en el marco de esa política [la plasmada en el art. 6. II g)].

### 3. El control de la vía disciplinaria.

El último grupo de funciones tiene que ver con otro tipo de instrumentos de lucha contra la discriminación.

El capítulo cuatro de la Ley, rubricado "Instancias competentes de protección a las víctimas de racismo y toda forma de discriminación", se ocupa de la configuración de mecanismos de protección de las personas frente a actuaciones discriminatorias, de la creación de procedimientos que permitan a las víctimas de este tipo de comportamientos poner fin a las conductas discriminatorias que puedan estar sufriendo. El sistema de protección a las víctimas que queda configurado de acuerdo a la ley permite a las personas que hayan sufrido actos de racismo o discriminación acudir a distintas vías para la salvaguarda de sus derechos, en función de, entre otras cosas, la entidad de la vulneración de derechos sufrida a causa de estas actuaciones racistas o discriminatorias. El artículo 12 menciona la posibilidad de acudir a la vía constitucional, administrativa, disciplinaria o penal.

La Ley reforma en su capítulo quinto algunos preceptos del Código Penal, tipificando una serie de conductas discriminatorias antes no incluidas en las normas penales e introduciendo una agravante general cuando los delitos hayan sido cometidos por motivos racistas o discriminatorios. Igualmente define en su art. 13 determinados ilícitos administrativos que pueden dar lugar a la exigencia de responsabilidad por vía disciplinaria.

Son las propias instituciones (públicas o privadas) las que deben ocuparse de sancionar y prevenir los comportamientos racistas o discriminatorios que se produzcan en su seno, estableciendo mecanismos internos que permitan a las víctimas de este tipo comportamientos denunciar a las personas que los hubieran cometido. Para ello, en la Ley se enumeran una serie de comportamientos que, cuando se produzcan en el ejercicio de funciones, en la relación entre compañeros de trabajo o con las y los usuarios del servicio, las instituciones deberán tipificar como falta en sus reglamentos internos de personal (o instrumentos similares), estableciendo el art. 13.IV que las mismas deben ser causa de proceso interno y motivo de sanción administrativa o disciplinaria. De manera que la Ley deja en manos

de cada institución la prevención y sanción de los actos de racismo o discriminación que tengan lugar en su interior o su relación con terceros.

En este marco el artículo 9 asigna al Comité el papel de órgano de fiscalización y control de la efectiva adopción de medidas antidiscriminatorias por parte de las instituciones públicas, al establecer en su letra e) que será función de este organismo “velar porque los Reglamentos Internos de Personal, Reglamentos disciplinarios u otros al interior de la Administración Pública, Policía Boliviana y Fuerzas Armadas, incluyan como causal de proceso interno, faltas relativas al racismo y toda forma de discriminación, conforme a la presente ley”, y, en su letra f), que le corresponde “promover en todas las entidades públicas, la creación de instancias de prevención contra el racismo y toda forma de discriminación, así como la recepción de denuncias e impulso de procesos administrativos hasta su conclusión, de acuerdo a reglamento”.

#### **IV.- UN IMPORTANTE RETO: HACER DEL COMITÉ UN ÓRGANO EFICAZ.**

Según hemos tenido ocasión de ver, las diferentes tareas que el artículo 9 de la Ley contra el racismo y toda forma de discriminación encomienda al Comité tienen como finalidad última hacer de este organismo un instrumento que coadyuve a la puesta en práctica y al adecuado funcionamiento de los diferentes mecanismos y procedimientos de prevención y lucha contra la discriminación previstos en la propia Ley. Nos encontramos, por tanto, ante un organismo de cuyo buen o mal funcionamiento puede depender en gran medida el éxito del proyecto propuesto por la Ley. Por ello mismo merece la pena reflexionar acerca de cómo hacer del Comité un instrumento realmente capaz de representar el importante papel que la Ley le asigna, cumpliendo sus funciones de manera satisfactoria.

A tal fin puede ser interesante comenzar prestando atención a ciertas cuestiones previas que, o bien, van a influir de manera decisiva en el modo en que el Comité está llamado a desempeñar su papel, o bien, pueden resultar útiles a la hora de poner en marcha un órgano efectivo. Posteriormente daremos breve cuenta de las experiencias similares habidas en la Unión Europea, cuyo conocimiento puede resultar de utilidad para el lector interesado en la materia.

##### **I. La filosofía de la Ley.**

El legislador, al crear el sistema de lucha contra el racismo y la discriminación es consciente de la necesidad de partir del hecho de que en Bolivia el racismo ha sido, históricamente, un problema estructural. Hasta el punto de que cabe señalar que la Ley surgió, en buena medida, de la voluntad de cumplir con una serie de compromisos internacionales que, pese a haber sido adquiridos muchos años atrás por los sucesivos gobiernos bolivianos, habían sido ignorados o no satisfactoriamente cumplidos durante largo tiempo. Para ello era básico e ineludible introducir en la

legislación boliviana medidas de sanción penal de determinados comportamientos racistas o discriminatorios. Sin embargo, durante la tramitación de la Ley que pretendía acabar con los graves problemas de discriminación existentes en Bolivia y responder a los compromisos internacionales referidos, se toma conciencia de que las medidas represivas no son en absoluto suficientes.

Como quedó reflejado en las conclusiones del taller “Propuesta, crítica y análisis de Anteproyectos de Ley contra el Racismo y la Discriminación”, celebrado en La Paz en julio de 2009 bajo los auspicios del Viceministerio de Descolonización boliviano<sup>3</sup>, pronto se hizo evidente que era imprescindible poner en práctica políticas “para crear conciencia, educar, prevenir y acabar con una forma inaceptable de ver al otro internalizada en la sociedad colombiana”. A tal efecto se recomendaba en estas conclusiones trabajar con las escuelas, profesores, estudiantes, padres de familia, medios de comunicación y —destacadamente— con los funcionarios públicos<sup>4</sup>.

El espíritu que anima a la Ley de lucha contra el racismo y toda forma de discriminación, y la idea principal que dota de coherencia al sistema de mecanismos y procedimientos que la articulan, es que el racismo y la discriminación son problemas estructurales, contra los que es imposible luchar únicamente mediante la represión de los comportamientos en que se manifiestan. Ésta es también la idea de la que debemos partir al reflexionar sobre el modo en que el Comité creado por el artículo 7 debería cumplir las funciones que le asigna la Ley.

A la vista de los artículos 7 y 9 de la norma antes analizados, en conexión con el resto de la ley, y bajo la luz de esa idea central que preside todo el sistema, el Comité debe desempeñar sus funciones sin olvidar la finalidad última de su actuación: atajar la discriminación contribuyendo con sus políticas a la creación de una sociedad en la que los prejuicios racistas, las ideas e imaginarios en que se basan los comportamientos discriminatorios, vayan desapareciendo gradualmente

## **2. Otras experiencias. Los organismos especializados en la promoción de la igualdad y la no discriminación en la Unión Europea.**

Si bien las causas históricas y sociológicas de la discriminación y el racismo son diversas en Bolivia y Europa, también puede resultar interesante la realización de una brevísima referencia a la experiencia en el ámbito europeo en lo relativo a organismos especializados para la promoción de la igualdad y la no discriminación.

3 Este taller se desarrolló en paralelo con las primeras fases de elaboración de la Ley y tuvo por objeto el análisis de propuestas y recomendaciones de la sociedad civil para el enriquecimiento de los anteproyectos que se estaban impulsando.

4 Memoria del Taller “Propuesta, crítica y análisis de Anteproyectos de Ley contra el Racismo y la Discriminación”. Dirección General de Lucha Contra el Racismo, Viceministerio de Descolonización de Bolivia. La Paz, Bolivia. Julio de 2009. [www.derechoshumanosbolivia.org/.../taller\\_de\\_propuesta\\_critica\\_y\\_analisis\\_ley\\_contra\\_el\\_racismo.pdf](http://www.derechoshumanosbolivia.org/.../taller_de_propuesta_critica_y_analisis_ley_contra_el_racismo.pdf) Pág. 20. Sitio web consultado por última vez con fecha 23 de noviembre de 2010.



En el marco de la estrategia de lucha contra la discriminación en todos los campos que viene siendo elaborada por la Unión Europea desde finales de los años noventa con el objetivo de acabar con los comportamientos discriminatorios en todos los países integrantes de la Unión, este tipo de organismos han jugado cierto papel.

Por poner un ejemplo, la Directiva 2000/43, de 29 de junio de 2000, sobre igualdad racial, norma de la Unión Europea que obliga a los Estados miembros a adoptar determinadas medidas y normas con el objetivo de acabar con los comportamientos discriminatorios basados en razones étnicas, establece en su artículo 13 la obligación de designar uno o varios organismos encargados de promover la igualdad de trato entre todas las personas sin distinción de origen étnico o racial. Las funciones que deben desempeñar estos organismos son: por un lado, el desarrollo de estudios, publicación de informes independientes y formulación de recomendaciones en materia de discriminación; y, por otro, el asesoramiento y asistencia independiente a las víctimas de discriminación.

Hay que tener en cuenta que ésta es una norma de mínimos y que deja un amplio margen de libertad de desarrollo a los distintos países de la Unión Europea. Existen países que han creado organismos completamente nuevos, y otros que han modificado y adaptado instancias previamente existentes con el objetivo de que pudieran llevar a cabo las funciones que, de acuerdo con la Directiva, debían desempeñar. Además, mientras algunos países se han limitado a dotar a estos organismos únicamente de las competencias establecidas en la Directiva, otros les han encomendado funciones diversas, siempre con el objetivo de acabar con la discriminación racial. En cualquier caso, la efectividad de este tipo de organismos ha sido desigual entre los diferentes países, normalmente en función de la voluntad política de acabar con la discriminación racial existente en cada uno<sup>5</sup>.

Aunque las tareas que se han encomendado a este tipo de organismos en la Unión Europea, y las que está llamado a desempeñar el Comité creado por la Ley de la Asamblea legislativa plurinacional de Bolivia son algo diferentes, y aunque el diseño de organismo pensado en cada caso tampoco es igual, resulta interesante el hecho de que en ambos casos se haya optado por la creación de un organismo cuya función u objetivo principal viene a ser, a grandes rasgos, centralizar y coordinar acciones y mecanismos en materia de lucha contra la discriminación.

### **3. Algunas propuestas en pos de la transversalidad de la lucha contra el racismo y la discriminación.**

Tras el examen de los arts. 7 y 9 de la Ley de lucha contra el racismo y toda forma de discriminación parece conveniente señalar el interés que tendría el fomento de

---

5 Informe anual de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (año 2010), págs. 27-33. Disponible en el sitio web [http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/home/home\\_en.htm](http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/home/home_en.htm) (consultado por última vez con fecha 23 de noviembre de 2010).

las funciones de estudio y análisis de la realidad social y las discriminaciones que el Comité puede potencialmente desempeñar: El tipo de política que la Ley, y en particular su artículo 6 trata de diseñar [y, por tanto, el tipo de política que el Comité debe colaborar a definir a través de la confección del diagnóstico y de la elaboración del plan a los que se hace referencia en el art. 9 a), y del desempeño de las tareas asignadas en las letras b), c), d) y g) del mismo precepto] en la que está llamado a predominar el componente preventivo, en este caso de las actitudes y comportamientos racistas o discriminatorios. No se trata tanto de reaccionar ante las discriminaciones o actos de racismo (sancionando a los que los cometen) como de acabar con un clima social y una serie de condicionamientos estructurales que permiten y de los que resulta la materialización de este tipo de actuaciones.

Para acabar con estos condicionamientos estructurales, diseñando una política idónea para ello (y llevando a cabo así correctamente las funciones explicitadas en el artículo 9 de la Ley boliviana) es imprescindible que el Comité cuente con un adecuado conocimiento de la realidad. Conocer en profundidad la realidad y estudiar las diversas formas en las que se manifiestan las discriminaciones resulta necesario, tanto desde el punto de vista de la represión de este tipo de comportamientos y de la protección a las víctimas, como desde la perspectiva de la prevención (componente esencial de todo programa de lucha contra la discriminación, potenciado en la Ley boliviana), si se quiere que la política antidiscriminatoria resulte plenamente efectiva<sup>6</sup>.

Por otro lado, y con respecto a lo que podríamos calificar como la otra cara de las funciones del Comité (aunque no se trata en absoluto de un tipo de funciones que sean totalmente independientes de la elaboración de una política pública que pretenda acabar con los condicionamientos sociales y estructurales que son la causa última de los comportamientos racistas), parece necesario dotar al organismo de los medios adecuados para que pueda controlar la efectiva implantación y correcto funcionamiento de los sistemas de protección en las instituciones públicas.

Llama la atención el hecho de que no se atribuyan al Comité competencias en materia de protección directa a las víctimas de discriminación, como sucede, por ejemplo, en el caso europeo. Las personas afectadas por comportamientos discriminatorios no pueden, al menos de acuerdo con esta primera atribución de funciones contenida en la Ley, acudir directamente en busca de protección a este órgano de lucha contra la discriminación. La función del Comité se limita a controlar el modo en que la protección directa, encomendada a cada entidad pública, que será ante quien puedan acudir directamente las víctimas, se lleva a cabo. Este sistema de descentralización, en la medida en que permite evitar sobrecargar excesivamente de trabajo a un órgano cuyas tareas son de por sí numerosas y complicadas, podría

6 ESTEVE GARCÍA, Francina: "Las Directivas europeas contra la discriminación racial y la creación de organismos especializados para promover la igualdad. Análisis comparativo de su transposición en España y Francia", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 10 (Julio-Diciembre de 2008).

ser interesante siempre que el Comité estuviera en condiciones de desempeñar efectivamente la función de fiscalización de la correcta protección a las víctimas en la Administración Pública.

Siempre con respecto a esta última función, hemos de señalar que el ámbito de actuación del Comité se ciñe a la esfera de lo público, sin alcanzar en ningún caso, ni preverse que llegue a alcanzar en el futuro, a las instituciones privadas. Si bien la Ley impone también a éstas la obligación de establecer una vía disciplinaria de protección de las víctimas de discriminación, el control del cumplimiento de dicha obligación no le corresponde al Comité sino, en su caso, a los órganos del poder judicial. Cabría preguntarse si el exquisito respeto que el legislador boliviano muestra aquí a la propiedad privada y a la autonomía de la voluntad de las partes en el terreno de las relaciones de Derecho privado no podía acompañarse de la atribución al Comité de algunas funciones de auxilio y asesoramiento a empresas y establecimientos de titularidad privada comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma.

Parece igualmente oportuno llamar la atención sobre la dimensión de política pública que la fiscalización de la protección frente a discriminaciones por el sector público puede tener, al contribuir un correcto funcionamiento de estos sistemas a la creación de una cultura global de no discriminación.

## V.- CONCLUSIONES.

Para quienes carecemos de toda facultad de presciencia resulta muy difícil hacer predicciones sobre el papel real que pueda representar en el futuro el Comité a la hora de poner en práctica un verdadero sistema de prevención y lucha frente al racismo y la discriminación. Habrá que esperar a que el organismo se ponga en marcha para saber si es capaz de afrontar con eficacia los difíciles retos que la ambiciosa Ley aprobada por la Asamblea legislativa plurinacional de Bolivia le encomienda.

Sin perjuicio de lo cual cabe anticipar, con bastante seguridad, que si el Comité es capaz de llevar a cabo adecuadamente las tareas que se le encargan en la Ley —lo que dependerá, en buena medida, de las cuestiones, no abordadas aquí, de su composición y funcionamiento internos, y de los medios personales y materiales que le sean efectivamente asignados— y si el resto de instituciones bolivianas son capaces, con responsabilidad política y altura de miras, de respetar la posición y cometidos de la entidad, colaborando con ella en la medida de lo posible en el cumplimiento de sus funciones, este órgano podría contribuir de manera muy significativa a una eliminación o sensible disminución de los problemas de racismo y discriminación que afectan a Bolivia en la actualidad.

EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS DE LOS  
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL  
ÁMBITO UNIVERSAL: El protocolo facultativo al pacto internacional  
de derechos económicos, sociales y culturales de 2008

STRENGTHENING THE WARRANTIES OF ECONOMIC, SOCIAL  
AND CULTURAL UNIVERSAL IN THE FIELD: The protocol optional  
to the international covenant economic, social and cultural , 2008

*Rev. boliv. de derecho* n° 12, julio 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 64-89



María  
CERVERA  
VALTERRA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 10 de enero de 2011

**ARTÍCULO APROBADO:** 24 de enero de 2011

**RESUMEN:** El 10 diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el primer Protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Entre sus aportaciones más sobresalientes se encuentra la introducción de un nuevo procedimiento de reclamación para los individuos o grupos de personas frente a presuntas violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El nuevo Protocolo reviste particular interés para países como Bolivia que, con gran esfuerzo, en los últimos tiempos está introduciendo importantes reformas legales, políticas e institucionales para aliviar de profundo atraso económico, social y cultural en el que vive una parte sustancial de su pueblo.

**PALABRAS CLAVE:** Organización de las Naciones Unidas (ONU).- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.- Denuncias individuales.- Comunicaciones interestatales.- Procedimiento de investigación.

**ABSTRACT:** On 10 December 2008, the United Nations General Assembly adopted the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Among its main outstanding contributions, it is worth mentioning the introduction of a new procedure for individual or groups of individual complains against alleged violations of economic, social and cultural rights. This Protocol is particularly interesting for countries such as Bolivia, a country that with a great effort has passed during the last years important institutional, political and legal reforms in order to alleviate the deep economical, social and cultural backward state of live for an important part of its citizens.

**KEY WORDS:** United Nations (UN).- Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.- Committee on Economic, Social and Cultural Rights.- Individual complains.- Inter-State Communications.- Inquiry Procedure.

**SUMARIO:** 1. Introducción.- 2. El camino hacia la equiparación de la protección de los Derechos Humanos: 2.1. Los trabajos preparatorios. 2.2. Las posturas de los Estados ante la perspectiva de un nuevo PPIDESC. - 3. El modelo actual de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: 3.1. La labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 3.2. El procedimiento de presentación de informes estatales. 3.3. El caso de Bolivia.- 4. Los nuevos mecanismos de reclamación ante la violación de los derechos económicos, sociales y culturales: 4.1. El procedimiento de presentación de comunicaciones individuales o colectivas. 4.2. El procedimiento de presentación de comunicaciones entre Estados. 4.3. El procedimiento de investigación.- 5. Los derechos protegidos por el nuevo Protocolo facultativo. - 6. Consideraciones finales. - 7. Referencias bibliográficas.

---

## I. INTRODUCCIÓN.

Al celebrarse el 10 diciembre de 2008 el sexagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG) adoptó el primer Protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PPIDESC). Este texto jurídico es la culminación de un largo y tortuoso camino; un acontecimiento sin precedentes muy esperado que va a permitir por primera vez, entre otros, a los individuos o a grupos de personas acudir ante la máxima instancia mundial, -Naciones Unidas-, a denunciar las presuntas violaciones de sus Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).

En realidad, esto no debería consistir una novedad tan absoluta si consideramos que casi todos los instrumentos internacionales universales de tutela de los Derechos Humanos cuentan desde hace tiempo con un mecanismo de tutela de derechos equiparable. De hecho, de entre los nueve tratados fundamentales de Derechos Humanos sólo falta añadir a esta lista el Convenio internacional sobre los Derechos del Niño de 20-XI-1989, y con respecto de los tres tratados internacionales de Derechos Humanos que contienen "derechos de realización progresiva", el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) es el segundo, después la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13-XII-2006, en incorporar un mecanismo de quejas individuales.

Por demasiado tiempo, los DESC han quedado relegados a un segundo plano por ser considerados la "oveja negra" de los Derechos Humanos. Y ello a pesar

### • **María Cervera Valtierra**

Doctora en Derecho y Profesora Contratada Doctora del área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universitat de València - Estudi General (España). Este trabajo ha sido realizado gracias al Proyecto I+D+I "El reforzamiento del estatuto jurídico del individuo en los ámbitos internacional, europeo y nacional: nuevos desarrollos normativos y jurisprudenciales" (referencia núm.: DER2010-20139) financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España.

de que el principio de indivisibilidad de estos Derechos ya aparecía recogido en la DUDH de 1948<sup>1</sup>. Sin embargo, como es bien conocido, en 1966, se adoptaron, no uno, sino dos textos internacionales separados clasificando los Derechos Humanos en Civiles y Políticos, de un lado, y en Económicos, Sociales y Culturales, por el otro lado. Nacieron así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>2</sup> (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>3</sup>. En los años sesenta, pesaba un estigma muy fuerte sobre los derechos colectivos. Tuvo que pasar bastante tiempo, -sobre todo, “enterrar” el período de la Guerra Fría-, para que la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena declarara en 1993 la indivisibilidad, interconexión e interdependencia de todos los Derechos Humanos<sup>4</sup>. A partir de ese momento, la Comunidad internacional se ha comprometido seriamente a no desmembrar la universalidad de estos derechos. En esta tesitura se enmarcan también los objetivos internacionalmente acordados en fechas recientes como son los objetivos incluidos en la Declaración del Milenio del año 2000<sup>5</sup>, que sirven como valores de referencia de la realización progresiva de los DESC.

Es pues, en este contexto, en el que hay que situar el primer y único PpPESC, del que merece la pena examinar: su largo proceso de elaboración trufado de obstáculos (*epígrafe 2*); los mecanismos institucionales de tutela que el nuevo texto pone en marcha (*epígrafes 3 y 4*) y el conjunto de derechos que con él se protegen (*epígrafe 5*). El fortalecimiento de la aplicación de los DESC es particularmente relevante para Estados como Bolivia (que es parte de los Pactos Internacionales desde hace tiempo) pero, que pese de los esfuerzos realizados en los últimos años, necesitan fortalecer la efectividad de los Derechos Humanos, -en particular de los DESC de sus nacionales-, para contribuir a salir de su retraso económico y social

- 1 El preámbulo del texto subraya en su último considerando “que una concepción común de [los] derechos y libertades es de mayor importancia para el pleno cumplimiento de [compromiso contenido en la Declaración]”. Además, la propia DUDH consagra el derecho a la seguridad social (art. 22), al trabajo (art. 23), al descanso (art. 24), a la alimentación, al vestido, la asistencia médica y los servicios sociales (art. 25) y a la educación (art. 26).
- 2 El 1 de marzo de 2011 eran Parte de este texto 167 Estados, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/4.htm>. Entró en vigor de forma general el 23 de marzo de 1976. Bolivia se adhirió el 12 de agosto de 1982.
- 3 El 1 de marzo de 2011 eran Parte de este texto 160 Estados, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/3.htm>. Entró en vigor de forma general el 3 de enero de 1976. Bolivia se adhirió el 12 de agosto de 1982.
- 4 Lo hizo en los siguientes términos “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos de forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”, Declaración y Programa de Acción de Viena aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, A/CONF.157/23, parte I, párr. 5. Vide [http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu5/wchr\\_sp.htm](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu5/wchr_sp.htm)  
Con anterioridad, existen otros textos internacionales que subrayaban la importancia de los DESC y la necesidad de equiparar su protección con los DCP. MARIÑO destaca: la “Proclamación de Teherán” hecha por la I Conferencia Internacional de los Derechos Humanos el 13-V-1968 en su apartado 3, la resolución de la AG 32/130 de 16-XII-1977 o, el artículo 6.2 de la “Declaración sobre el derecho de Desarrollo” contenida en la Resolución de AG 41/128 de 4-IV-1986. Véase MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de las Naciones Unidas”, Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año 3, número 6, 1998, pp. 85-95.
- 5 Véase la “Declaración del Milenio” adoptada a través de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 55/2 el 8-IX-2000, documento A/RES/55/2, punto V “Derechos Humanos, democracia y buen gobierno”, apartados 24 y 25.

al tiempo que tratan de paliar el profundo nivel de pobreza que afecta a una parte muy considerable de su población. Acabaremos nuestra exposición con algunas consideraciones críticas sobre el nuevo texto jurídico (*epígrafe 6*).

## 2. EL CAMINO HACIA LA EQUIPARACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

### 2.1. Los trabajos preparatorios.

La idea primigenia de elaborar un Protocolo facultativo al PIDESC capaz de reformar el sistema de aplicación del mismo tiene una larga data. La iniciativa partió en 1990 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>6</sup> (Comité de DESC), que impulsó el estudio de un protocolo facultativo que permitiera la presentación de quejas individuales por la vulneración de los derechos contenidos en el PIDESC<sup>7</sup>. La tarea se ha dilatado a lo largo de varios años.

También cabe destacar el mandato emitido por los Estados que participaron en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 –a la que antes hemos hecho referencia– en la que éstos decidieron “alentar a la Comisión de Derechos Humanos para que, en cooperación con el Comité de DESC, sig[uiera] examinando protocolos facultativos del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales”<sup>8</sup>. Al poco tiempo, el compromiso fue reiterado por la Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 1994/20, donde se tomó nota de los “pasos efectuados por el Comité (...) a fin de redactar un protocolo facultativo (...) que implemente el derecho de personas y grupos a presentar comunicaciones relacionadas con las violaciones del Pacto e invitó al Comité a informar sobre la cuestión a la Comisión (...)”.

En 1997, el Comité de DESC logró presentar a la Comisión de Derechos Humanos –a partir de 2006 Consejo de Derechos Humanos– un borrador (documento E/CN.4/1997/105) a raíz de cuyo debate (decisión 1997/104 de 3-IV-1997) se instó al Secretario General de la ONU para que lo transmitiera a los Gobiernos y a las Organizaciones Internacionales y, a las Organizaciones No Gubernamentales, a fin de que éstas presentaran sus comentarios respectivos a la Comisión de Derechos Humanos.

Pero solo en 2001 se advirtieron los primeros verdaderos avances en aras a formular un nuevo Protocolo facultativo al PIDESC. La Comisión de Derechos Humanos nombró entonces un experto independiente al que se le encargó la redacción de un borrador de Protocolo facultativo: el Dr. Hatam KOTRANE, quien

6 <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>

7 V. El Comité dedicó varias sesiones para debatir un proyecto de Protocolo. Por ejemplo, lo hizo en 1995 (sesión 13ª) y en 1996 (sesión 15ª).

8 V. Declaración y Programa de Acción de Viena, op. cit. supra nota 4, A/CONF.157/23 12 de julio de 1993, Parte II, párr. 75.



presentó un primer informe en 2002 (documento E/CN.4/2002/57). Ese mismo año, la Comisión -a través de su decisión 2002/24- renovó el mandato al Sr. KOTRANE para que prosiguiera su labor y estudiara con mayor profundidad la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados partes del PIDESC. También se amplió el mandato para que se examinara la cuestión de la aplicación judicial de los DESC, para que se evaluara la cuestión de los beneficios y la factibilidad de un mecanismo de presentación de reclamaciones conforme al PIDESC, y para se abordara el tema de la complementariedad entre los diferentes mecanismos de protección.

Un paso determinante a favor de la obtención del nuevo Protocolo fue la creación en 2003 de un "grupo de trabajo de composición abierta" (resolución 2003/18), cuyo cometido debía consistir en "considerar opciones relacionadas con la redacción de un protocolo facultativo al PIDESC". Este grupo, de composición heterogénea y especializada, trabajó intensamente a lo largo de cinco sesiones anuales celebradas en Ginebra entre el 2004 y el 2008. Sus discusiones dieron lugar a profundas reflexiones en las que participaron expertos referidas a las consecuencias jurídicas y técnicas del fortalecimiento del sistema de supervisión de las obligaciones de los Estados parte del PIDESC<sup>9</sup>. El primer proyecto de Protocolo facultativo al PIDESC fue presentado públicamente, como base para las negociaciones por el grupo de trabajo, en 2007 (documento A/HRC/6/WG.4/2). A partir de las deliberaciones de este grupo, se presentó un primer proyecto revisado (documento A/HRC/8/wg.4/2) en la primera parte del quinto período de sesiones y un segundo proyecto revisado (documento A/HRC/8/WG.4/3) en la segunda parte, celebrados respectivamente entre el 4 y el 8 de febrero y entre el 31 de marzo y el 4 de abril de 2008.

La versión final del Protocolo preparada por el Grupo abierto fue remitida al Consejo de Derechos Humanos para su aprobación y posterior envío a la AG el 18 de junio de 2008 (resolución 8/2, documento A/HRC/8/L. 2/Rev.1/Corr.1). Para reiterar la igualdad de todos los Derechos Humanos, se eligió deliberadamente la sesión del 10 de diciembre de 2008, coincidiendo con el 60º aniversario de la DUDH, para que la Asamblea General aprobara definitivamente el nuevo Protocolo facultativo del PIDESC a través de su resolución A/RES/63/117.

## 2.2. Las posturas de los Estados ante la perspectiva de la posibilidad de un nuevo PIDESC.

La posibilidad de dotar de mayor efectividad al PIDESC no es un tema baladí para los Estados. Aunque en la actualidad los Estados están mucho más concienciados

<sup>9</sup> Un resumen de estos debates puede encontrarse en el texto escrito correspondiente a los informes presentado por la presidenta-relatora del grupo Catarina DE ALBURQUERQUE (<http://www2.ohchr.org/english/issues/escr/intro.htm>).

Para más detalle, también cabe consultar los documentos resultantes de las sesiones del "grupo abierto" en el seno de la Comisión de Derechos Humanos y del Consejo de Derechos Humanos: E/CN.4/2004/44 de 15-III-2004, E/CN.4/2005/52 de 10-II-2005, E/CN.4/2006/47 de 14-III-2006, A/HRC/6/8 de 30-VIII-2007 y A/HRC/8/7 de 6-V-2008.

que antaño respecto de la importancia que este tipo de derechos representa para el buen funcionamiento de sus propias sociedades, los DESC suscitan todavía temores, reticencias y preocupación gubernamentales. Ello explica las dificultades que está encontrando la culminación del proceso de ratificación del Protocolo de cara a su posible entrada en vigor internacional. Cabe mencionar que, para lograr tal propósito, el artículo 18 del PpIDESC prevé que éste “entrará en vigor tres meses después de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión” y que “para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después del depósito del décimo instrumento o adhesión, el Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o adhesión”. Diez ratificaciones no serían demasiadas si tenemos en cuenta que el PIDESC cuenta con 160 Estados signatarios, sin embargo, no parece que ello sea tan factible como cabría esperar<sup>10</sup>. La prueba más fehaciente de este hecho cabe encontrarla en la diversidad de puntos de vista y de concepción expresados, -sobre todo por ciertos Estados-, durante las diferentes sesiones que desde 2004 hasta 2008 tuvieron lugar en el seno del “grupo de composición abierta” que se encargó que preparar los trabajos del nuevo PpIDESC. Algunas anotaciones sobre lo que allí se discutió.

Para empezar, las mayores críticas e inquietudes que se vertieron sobre la posibilidad de adoptar un nuevo Protocolo facultativo al PIDESC fueron: la falta de precisión de buena parte de los DESC, la necesidad de garantizar una mayor coordinación con los demás procedimientos de supervisión de los DESC o, el riesgo de duplicación y superposición entre los diferentes procedimientos internacionales. En contra de los DESC, algunos Estados se enrocaron en viejas falacias -hoy superadas- que siguen preocupando a ciertos Estados. Por ejemplo, se escucharon voces señalando que los DESC no son de aplicación inmediata. Uno de los escollos que ha podido ser superado ha sido el planteamiento de ciertos Estados, como el de Rusia, que se pronunciaron en favor de un enfoque del nuevo Protocolo “a la carta”, parecido a la Carta Social Europea y que hubiese permitido escoger una especie de “menú de derechos” especificando sobre cuales de ellos se hubiesen podido aceptar la presentación de reclamaciones. Afortunadamente, triunfó la postura mayoritaria que abogaba por un instrumento amplio que cubriera todos los niveles de derechos y obligaciones del PIDESC, sin categorizaciones ni jerarquías de derechos. El temor de ciertos Estados ante la posible avalancha de quejas individuales vinculadas a los DESC se palió a través de la aceptación de introducir severos y restrictivos criterios de admisibilidad de las denuncias.

Entre los países menos proclives al Protocolo se encontraban: Austria, Australia, Canadá, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Holanda, Nueva Zelanda, Suecia, Suiza y el Reino

10 A fecha de 1 de marzo de 2011, sólo 3 Estados han ratificado este Protocolo: Ecuador, España y Mongolia. V. <http://treaties.un.org/>

Unido de Gran Bretaña. Uno de los Estados más reacios hacia el nuevo Protocolo ha sido Estados Unidos, a pesar de que no es parte del PIDESC (aunque lo firmó en 1977, nunca ha ratificado este Pacto). Estados Unidos ha sostenido siempre que los DESC no son derechos, sino agendas políticas propias de cada país. El principal aliado de Estados Unidos en esta ofensiva ha sido Arabia Saudita que ni siquiera ha firmado jamás el Pacto.

En el otro extremo, entre los más partidarios más entusiastas del Protocolo facultativo han estado Portugal y la Unión Europea, que en este tema actúa como un bloque. Respalda la iniciativa portuguesa, se ha situado también el bloque de países de América Latina y el Caribe, que han apoyado la redacción del Protocolo. Entre los países en desarrollo, predominó la propuesta de la India y el bloque africano que condiciona los avances en la creación del mecanismo de reclamaciones a una política de cooperación internacional, fuente de recursos para asegurar el cumplimiento de los derechos en cuestión.

### 3. EL MODELO ACTUAL DE SUPERVISIÓN DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

#### 3.1. La labor del comité de Derechos económicos, sociales y culturales.

Dado que los Pactos Internacionales de Derechos Humanos adoptados en 1966 constituyen verdaderos instrumentos convencionales internacionales, desde el momento en que los Estados pasaron a ser Estados parte de los mismos, aceptaron obligaciones jurídicas cuyo objeto consiste en defender y promover los derechos y las disposiciones proclamados en los textos en cuestión. Al ratificar estos Tratados, los Estados se hicieron responsables de su cumplimiento ante la comunidad internacional. Sin embargo, el organismo encargado de supervisar y vigilar el adecuado cumplimiento de estos derechos convencionales y hacerlos efectivos es el "Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (Comité de DESC). A diferencia de los demás órganos de Derechos Humanos existentes en el ámbito de las Naciones Unidas, este organismo no tiene origen convencional. Fue creado *a posteriori* a raíz de la defectuosa actuación de los órganos a los que anteriormente se les había encomendado esta tarea<sup>11</sup>.

11 A pesar de su carácter no convencional, comparte ciertos rasgos comunes con los demás órganos de supervisión establecidos por los Tratados destinados a tutelar los Derechos Humanos: es un órgano técnico integrado por expertos designados a título individual que actúan con independencia y que desarrollan sus trabajos en periodos de sesiones concretos; su competencia está subordinada al instrumento convencional que le sirve de base o que lo crea y; su labor también se centra fundamentalmente en el control de la forma en que las Partes del convenio cumplen sus compromisos internacionales. Durante las sesiones de debate que tuvieron lugar en el "grupo abierto", algunos Estados plantearon si podía llegar a ser un problema que el Comité de DESC pueda llegar a conocer quejas individuales sin tener naturaleza convencional, como ocurren en los otros procedimientos internacionales equiparables. Al final no se decidió nada al respecto, ni se determinó cambiar la naturaleza al Comité de DESC. Véase por ejemplo el documento W/CN.4/2004/44 de 15-III-2004, página 7, apartado 26 o el documento E/CN.4/2006/47 de 14-III-2006, página 6, apartado 22.

El Comité de DESC es un órgano subsidiario del Comité Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) cuya autoridad dimana de él. Fue creado en 1985, a través de la resolución 1985/17 adoptada el 28 de mayo de este año, aunque se reunió por primera vez en 1987<sup>12</sup>. Este Comité cuenta con su propio Reglamento interno de funcionamiento<sup>13</sup>.

Al principio, se reunía anualmente. Ahora, lo hace dos veces al año, por lo general, en abril-mayo y en noviembre-diciembre, durante sesiones de trabajo que se prolongan durante tres semanas. En noviembre de 2010, el Comité de DESC inauguró su cuadragésimoquinta sesión en la Oficina de las Naciones Unidas de Ginebra (Suiza)<sup>14</sup>.

El Comité de DESC está integrado por dieciocho expertos independientes<sup>15</sup>, de reconocido prestigio en materia de Derechos Humanos que actúan a título personal, ajenos a cualquier instrucción gubernamental. Los miembros de este Comité son elegidos por el ECOSOC por un mandato de cuatro años y pueden ser reelegidos. Las elecciones de sus miembros tienen lugar a puerta cerrada a partir de una lista de personas propuesta por los Estados parte del Pacto de manera que los Estados que no son parte del mismo no pueden nombrar a sus propios nacionales para cargos en este Comité. La selección de los miembros de este Comité está en función de criterios de distribución geográfica equitativa para asegurar la representación de los distintos sistemas sociales y jurídicos.

La función principal encomendada a este Comité consiste en supervisar o vigilar el cumplimiento de las obligaciones estatales recogidas en el Pacto a través de los informes estatales y en adoptar "observaciones finales" respecto de cada uno de ellos. El Comité también realiza otras tareas, que si bien no pueden ser consideradas directamente como mecanismos de supervisión en sentido estricto, contribuyen significativamente a la correcta aplicación del Pacto. Así las cosas, el Comité también interpreta el contenido del Pacto, labor que puede influir y contribuir a favor de la propia de supervisión de aquél. Esta tarea, aunque no está contemplada en el Pacto, está sirviendo de gran ayuda a los Estados para entender el contenido real de las normas del propio Pacto, al tiempo que les facilita el cumplimiento de las obligaciones consignadas en él. Este cometido determina la elaboración de las llamadas "observaciones generales" que el Comité empezó a preparar en 1988.

12 Sobre los avatares de la creación del Comité de DESC véanse, entre otros, ALSTON, P.; SIMMA, B., "First session of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights", *American Journal of International Law*, 81/3, 1987, pp. 747-756 y ALSTON, P., "The Committee on Economic, Social and Cultural Rights" en ALSTON, P. (ed.) *The United Nations and human rights: a critical appraisal*, Oxford, ed. Clarendon Press, 1992, pp. 473-508; SODINI, R., *Le Comité des Droits Economiques, Sociaux et Culturels*, Paris, ed. Montchrestien (coleccion "Perspectives internationales", número 18), 2000, 220 páginas.

13 [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.1990.4.Rev.1.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.1990.4.Rev.1.Sp?Opendocument).

14 <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/cescrs45.htm>

15 <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/members.htm>

Hasta la fecha, ha elaborado veintiuna de ellas sobre disposiciones concretas y cuestiones diversas ligadas a la aplicación del Pacto<sup>16</sup>.

### 3.2. El procedimiento de presentación de informes estatales.

En materia de protección de los Derechos Humanos, los tratados internacionales de ámbito universal o regional suelen recurrir a técnicas distintas de control reconducibles a tres grandes vías principales: a) la emisión de informes que los Estados Partes deben enviar al órgano encargado de la supervisión de la aplicación de las obligaciones contenidas en el Tratado; b) la presentación de denuncias interestatales y/o; c) la presentación de denuncias por personas o grupos de personas, víctimas de la vulneración de los derechos contenidos en el Tratado correspondiente.

Respecto de la primera de estas técnicas, -la presentación de informes-, es la más sencilla de todas y donde los Estados adquieren el menor compromiso mínimo de control jurídico de un tratado. También es el mecanismo de salvaguardia más empleado de todos<sup>17</sup> y el que más arraigo tiene dentro del sistema de Naciones Unidas. Al tiempo, es el procedimiento más respetuoso con la soberanía del Estado dado su carácter no acusatorio.

Su mayor desventaja es que con esta técnica de control jurídico las víctimas no pueden participar ni exponer las presuntas violaciones de posibles derechos vulnerados por un Estado. Este mecanismo de vigilancia se concreta en el envío

16 En concreto, se han adoptados las siguientes observaciones generales: observación general núm. 1 de 1989 referida a la presentación de informes por los Estados partes; observación general núm. 2 de 1990 que contiene medidas internacionales de asistencia técnica [art. 22 del Pacto]; observación general núm. 3 de 1990 referida a la índole de las obligaciones de los Estados partes [párrafo 1 del artículo 2 del Pacto]; observación general núm. 4 de 1991 sobre el derecho a una vivienda adecuada [párrafo 1 del artículo 11 del Pacto]; observación general núm. 5 de 1994 sobre las personas con discapacidad; observación general núm. 6 de 1995 sobre los DESC de las personas de edad; observación general núm. 7 de 1997 sobre el derecho a una vivienda adecuada [párrafo 1 del artículo 11 del Pacto]; observación general núm. 8 de 1997 sobre la relación entre las sanciones económicas y el respeto de los DESC; observación general núm. 9 de 1998 relativa a la aplicación interna del Pacto; observación general núm. 10 de 1998 sobre la función de las instituciones nacionales de Derechos Humanos en la protección de los DESC; observación general núm. 11 de 1999 sobre los planes de acción para la enseñanza primaria [art. 14 del Pacto]; observación general núm. 12 de 1999 sobre el derecho a una alimentación adecuada [art. 11 del Pacto]; observación general núm. 13 de 1999 sobre el derecho a la educación [art. 13 del Pacto]; observación general núm. 14 de 2000 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud [art. 12 del Pacto]; Observación general núm. 15 de 2003 sobre el derecho al agua [artículos 11 y 12 del Pacto]; observación general núm. 16 de 2005 sobre la igualdad de hombres y mujeres [art. 3 del Pacto]; observación general núm. 17 de 2005 sobre el derecho de cada cual a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales derivados de toda producción científica, literaria o artísticas de la que es autor [párrafo 1 c) del art. 15 del Pacto]; observación general núm. 18 de 2005 sobre el Derecho al trabajo [art. 6 del Pacto]; observación general núm. 19 de 2008 sobre el Derecho a la seguridad social; observación general núm. 20 de 2009 sobre la no discriminación y los DESC (art. 2, párr. 2 del Pacto) y; observación general núm. 21 de 2009 relativa al Derecho de toda persona a participar en la vida cultural [art. 15, párr. 1 a) del Pacto]. Fuente: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ceschr/comments.htm>.

17 Este sistema está previsto en los principales instrumentos universales de Derechos Humanos, como son: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 (art. 9), el PIDCP de 1966 (art. 40); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (art. 18); la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984 (art. 19); la Convención sobre los derechos del niño de 1989 (art. 44); la Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias de 1990 (art. 73 ) o; el Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 (art. 35).

periódico de informes en los que se indican el grado de cumplimiento de cada Estado de las obligaciones contenidas en los Tratados, las disposiciones internas de orden interno existentes y sus medidas de desarrollo. La debilidad de esta técnica radica en que el Estado que presenta el informe puede tener un interés directo en ocultar o distorsionar información. De ahí que para corregir este defecto, el procedimiento suela estar dotado de la mayor publicidad, e incluso en algunos casos, el examen de los informes pueda llevar a abrir investigaciones si el contenido del informe no fuera satisfactorio.

No estando en vigor todavía el nuevo PPIDESC, este sistema de informes periódicos es por ahora el único previsto por el PIDESC. Como resultado de ello, concurre un significativo desequilibrio frente a los DCP, sobre todo si tenemos en cuenta que el PIDCP cuenta con otros procedimientos de supervisión complementarios desde su adopción en 1966.

En concreto, para asegurarse que los Estados parte respeten los derechos reconocidos, el PIDESC establece el mecanismo de presentación de informes sobre las medidas adoptadas y los progresos realizados en su artículo 16. También dispone que el examen de tales informes sea una tarea que corresponde realizar al ECOSOC y establece unas pautas generales sobre las características de los informes y las consideraciones a las que éstos deben ser sometidos durante su examen en sus artículos 17 a 25. Literalmente, se prevé que:

**Artículo 16:**

"1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar, en conformidad con esta parte del Pacto, informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo.

2. a) Todos los informes serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias al Consejo Económico y Social para que las examine conforme a lo dispuesto en el presente Pacto;

b) El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá también a los organismos especializados copias de los informes, o de las partes pertinentes de éstos, enviados por los Estados Partes en el presente Pacto que además sean miembros de estos organismos especializados, en la medida en que tales informes o partes de ellos tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos conforme a sus instrumentos constitutivos."

**Artículo 17:**

"1. Los Estados Partes en el presente Pacto presentarán sus informes por etapas, con arreglo al programa que establecerá el Consejo Económico y Social en el

plazo de un año desde la entrada en vigor del presente Pacto, previa consulta con los Estados Partes y con los organismos especializados interesados.

2. Los informes podrán señalar las circunstancias y dificultades que afecten el grado de cumplimiento de las obligaciones previstas en este Pacto.

3. Cuando la información pertinente hubiera sido ya proporcionada a las Naciones Unidas o a algún organismo especializado por un Estado Parte, no será necesario repetir dicha información, sino que bastará hacer referencia concreta a la misma.”

Este procedimiento no contradictorio se basa en el método del “diálogo constructivo” entre el Estado Parte y el órgano de supervisión.

La mecánica de trabajo es la siguiente. Los informes son elaborados por los Estados. Para facilitar esta tarea, el Comité ha elaborado una serie de directrices para la preparación de estos informes y lograr que éstos sean suficientemente exhaustivos y que los Estados Parte los presenten en un formato uniforme<sup>18</sup>. El proceso de examen de estos informes pasa por diferentes fases o etapas.

Antes de cada sesión del Comité de DESC, cinco de sus miembros se reúnen para debatir e indicar los temas más útiles para ser debatidos con los representantes estatales. Este grupo de trabajo del Comité confecciona una lista de preguntas que envía al Estado para que éste pueda preparar su respuesta con antelación, que luego le remite por escrito. Se trata de una lista de cuestiones no exhaustiva, que no excluye que, con posterioridad, en el encuentro real entre los miembros del Comité y los representantes estatales surjan nuevas preguntas. Esta lista de preguntas facilita el desarrollo de la posterior fase de “diálogo constructivo”.

El “diálogo constructivo” determina, -de ser posible-, el encuentro físico entre los representantes estatales y los miembros del Comité de DESC al que pueden ser invitados representantes de las diversas agencias especializadas de las Naciones Unidas, tales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), así como otras Organizaciones. Durante las sesiones del “diálogo constructivo” -que son públicas- pueden asistir Organizaciones No Gubernamentales (ONGs)<sup>19</sup> que carecen de derecho de voz. Participan indirectamente en estas sesiones presentando

18 Directrices sobre los documentos específicos que deben presentar los Estados Partes con arreglo a los artículos 16 y 17 del PIDESC aprobadas por el Comité de DESC en su 49ª sesión (41º período de sesiones), el 18-XI-2008, documento E/C.12/2008/2, de 24-III-2009, [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.2008.2\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.2008.2_sp.doc).

19 Aun así cada vez se ha ofrecido a las ONGs una participación más activa en las actividades del Comité. Así las cosas, cabe destacar la introducción en mayo de 1993 de un nuevo procedimiento por parte del propio Comité que permite a las ONGs debidamente acreditadas presentar al Comité información por escrito u oralmente relacionada con la labor del Comité. Véase el documento E/1994/23, párr. 354.

al Comité de DESC información por escrito que puede servir para nutrir el debate con los representantes intergubernamentales.

Este “diálogo constructivo” tiene como virtud brindar la oportunidad al Comité de explicar el contenido normativo del Pacto y comentar con los representantes estatales las dificultades de aplicación nacional del mismo en el Estado en cuestión. El valor de este diálogo depende a menudo de la voluntad política del Estado a la hora de presentar un informe exhaustivo y realista, que recoja, tanto los errores cometidos, como los obstáculos estructurales y de otro tipo existentes, para así poder buscarles solución en el futuro.

Tras esta sesión pública, en una sesión “a puerta cerrada”, el Comité de DESC discute sus conclusiones que se denominan “observaciones finales”, que aprueba por consenso para, en último lugar, comunicarlas por escrito al Estado respectivo. En estas “observaciones finales”, el Comité no sólo presenta sugerencias y dirige recomendaciones al Estado concernido, en él, se exponen los factores y las dificultades que, en opinión de los expertos, condicionan o obstaculizan la aplicación del Pacto. También se señalan de forma más directa, declaraciones formales de cumplimiento e incumplimiento, indicando incluso de manera expresa que el Estado ha “violado” alguno de los derechos contenidos en el Pacto.

Este sistema de presentación de informes adolece de varias limitaciones o condicionantes ya que caben varias hipótesis: algunos Estados no presentan los informes o lo hacen con considerable retraso; otros, presentan un informe de contenido parcial o incompleto. Estos factores determinan que la efectividad de este sistema de control quede a merced del grado de diligencia con el que actúa el Estado informante, sin que existan verdaderamente mecanismos efectivos para el Comité que permitan exigir a los Estados el cumplimiento de sus observaciones.

### 3.3. El caso de Bolivia.

A continuación, unos comentarios muy breves sobre la situación actual de Bolivia como Estado parte del PIDESC.

Hasta ahora, desde su adhesión al PIDESC en agosto 1982, las autoridades bolivianas han logrado presentar y discutir con el Comité de DESC dos informes periódicos de los cuatro que estaban previstos inicialmente. El primero se debatió en 2001<sup>20</sup>. El más reciente data del año 2008<sup>21</sup>. Con un retraso de tres años, este

20 El primer informe periódico fue presentado por Bolivia ante el Comité, con 17 años de retraso, el 2 y el 3 de mayo de 2001 (documento E/1990/5/Add.44). El Comité le dio respuestas con sus observaciones el 10 de mayo (documento E/C.12/1/Add.60).

21 Ver especialmente los informes iniciales (documentos: E/C.12/BOL/2 de 20-VIII-2007 y E/C.12/BOL/Q/2/add.1 de 28-IV-2008) y las respuestas del Comité fechadas el 16 de mayo de 2008 (documento: E/C.12/BOL/CO/2). Véanse los demás documentos correspondientes al segundo informe periódico en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/cescrs40.htm>.



último informe fue discutido ante el Comité en las sesiones celebradas el 6 y 7 de mayo de 2008, el cual presentó sus observaciones finales<sup>22</sup> el 16 de mayo.

Mientras que en el informe de 2001 el Comité de DESC revelaba la existencia de graves y profundas carencias en el terreno de los DESC. Por ejemplo, se constataba entre otros: la existencia de las grandes disparidades económicas; el elevado nivel de pobreza extrema de una parte importante de la población con graves casos de malnutrición (sobre todo entre la población infantil); la vulneración de los derechos de las mujeres y de los niños; la discriminación, marginalización y exclusión social de los pueblos indígenas; la explotación laboral; o la precariedad de las condiciones sanitarias, educativas o de vivienda de parte de la población sobre todo en las zonas rurales.

Siete años después, en sus segundas "observaciones finales", este Comité felicitaba al Estado boliviano por los enormes esfuerzos realizados en los últimos años en la mejora de la efectividad de los DESC reconocidos por el PIDESC a favor de todos los habitantes bolivianos. Una prueba evidente de buena predisposición es que las autoridades bolivianas están maximizando su colaboración con la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos creada *ad hoc* en este país y abierta en 2007 (cuyo mandato se ha prorrogado hasta el 2013). Su trabajo está proporcionando una ayuda y asistencia técnica a las instituciones públicas y a las organizaciones de la sociedad civil decisiva.

En respuesta al segundo informe, el Comité ha destacado especialmente el importante avance que ha supuesto para el reconocimiento de los DESC la aprobación de una nueva Constitución del Estado. Con todo, para el Comité subsisten serios motivos de preocupación en muchas cuestiones relacionadas con la vulneración de DESC elementales de los grupos de población más vulnerables: niños, mujeres y población indígena. En particular, el Comité presentaba sugerencias y recomendaciones:

a) respecto de los niños, para actuar frente a las situaciones de maltrato físico o mental, para facilitar el acceso a la educación, para evitar los casos de malnutrición o, para eliminar el trabajo infantil en todos los sectores especialmente en el servicio doméstico;

b) respecto de las mujeres, ha propuesto, entre otras medidas, que se evite la mortalidad materna debida a la práctica de abortos clandestinos y, se luche contra la violencia y la discriminación de ese colectivo;

c) respecto de la población indígena, ha sugerido que se protejan sus derechos particularmente en materia de educación, vivienda, alimentación, salud. También ha recomendado que se facilite la recuperación de sus tierras o territorios ancestrales y

<sup>22</sup> Véase documento E/C.12/BOL/CO/2 de 8-VIII-2008.

reconocerles derechos de propiedad intelectual que proteja sus derechos colectivos sobre producciones científicas, conocimientos y medicina tradicional.

d) El Comité ha instado asimismo a mejorar en general la situación laboral de la población boliviana en sectores tales como la minería, la castaña, la floricultura o el faenado avícolas entre otros y poner en marcha un sistema de seguridad social efectivo y eficaz.

#### **4. LOS NUEVOS MECANISMOS DE RECLAMACIÓN ANTE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.**

A la vista de las flaquezas y las limitaciones que representa el actual y único mecanismo de supervisión existente a la hora de proteger de forma efectiva a las víctimas de la vulneración de los DESC, desde hace ya tiempo, se estaba reclamando unos instrumentos suplementarios y adicionales de control y supervisión que favorecieran el cumplimiento de las obligaciones nacionales dimanantes del PIDESC. Es, justamente, en este contexto en el que se sitúa el Protocolo facultativo del PIDESC que, de llegar a entrar en vigor, equipará los procedimientos de reclamación internacional ya existentes para los DCP<sup>23</sup> con los de los DESC, con lo que su aplicación saldría significativamente fortalecida. En particular, el Protocolo recoge tres nuevos procedimientos de reclamación internacional: a) un procedimiento de denuncias individuales o colectivas, b) un procedimiento de denuncias interestatales y, c) un procedimiento de investigación.

Todos ellos pueden aportar interesantes ventajas. La posibilidad de examen de denuncias individuales y colectivas puede ayudar a los Estados a comprender mejor el carácter y el alcance de sus obligaciones al centrarse en situaciones o problemas específicos, y no en una amplia gama de cuestiones como hacen los informes. Así por ejemplo, los casos individuales pueden ser útiles como medio de prueba, y pueden permitir también dar más relieve a los DESC.

Se ha previsto, como ya ocurre con los informes periódicos, que el órgano encargado de conocer y conducir estos procedimientos sea también el Comité de DESC (art. I del PpDESC) con el fin de que, a partir de las gestiones realizadas en relación con estos procedimientos, este Comité dirija a los Estados Parte recomendaciones que les ayuden a cumplir mejor sus obligaciones convencionales. El Comité sólo podrá conocer los tres tipos de denuncias recogidas en el PpPIDESC de Estados que sean parte del PIDESC, pero que además lo sean del PpPIDESC.

23 Nótese que ya en 1966, cuando se adoptó el PIDCP, se redactó simultáneamente un Protocolo facultativo que permite presentar reclamaciones individuales o colectivas en el ámbito universal ante el Comité de Derechos Humanos frente a las violaciones de los derechos civiles y políticos procedentes de los Estados partes del Pacto.

La idea es que el Comité formule opiniones similares a las recomendaciones adoptadas en el procedimiento de examen de los informes periódicos. Para no inquietar a los Estados que lleguen a ser Parte de este Protocolo facultativo, este órgano no está llamado en modo alguno a desarrollar una labor de carácter jurisdiccional. El Comité emitirá básicamente recomendaciones, que servirán más bien como recordatorios a los Estados de que no están cumpliendo sus obligaciones internacionales para mejorar la aplicación del Pacto, y ello a pesar de que los Estados manifestaron mucha preocupación y cierto recelo sobre el papel del Comité como órgano encargado de la supervisión de este tipo de denuncias.

#### 4.1 El procedimiento de presentación de comunicaciones individuales o colectivas.

La introducción de un nuevo sistema de quejas o reclamaciones individuales o colectivas (artículos 2 a 9 del Protocolo) es al mismo tiempo una vieja reivindicación y una nueva tendencia que trata simplemente de igualar al PIDESC con otros tratados internacionales que protegen los Derechos Humanos. Conocen un procedimiento de este tipo tratados tales como: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 (art. 14); la Convención contra la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes de 1984 (art. 22); el Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1999 y; el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006. Pero, hay que resaltar ante todo el caso del PIDCP puesto que desde hace ya veinticinco años cuenta con esta posibilidad de presentación de reclamaciones individuales. A este respecto, cabe puntualizar que, pese al temor de algunos Estados, en el ámbito del PIDCP nunca ha recibido una avalancha de denuncias, entre otras razones, por los estrictos requisitos de admisibilidad exigidos, siendo además que tales denuncias proceden, sea de países desarrollados, sea de países en desarrollo.

Pues bien, al igual en otros procedimientos de denuncia, el PPIDESC opta por imponer unos estrictos criterios de admisibilidad.

1. Para empezar, según el apartado 2 del artículo 1 del Protocolo, sólo podrán llegar al Comité las denuncias individuales o colectivas que conciernan a un Estado que haya consentido en reconocer esta competencia para conocer este tipo de denuncias al Comité ratificando el Protocolo facultativo.

2. De igual modo, las reclamaciones que lleguen al Comité tendrán que haber sido presentadas por personas físicas singulares o por un grupo o colectivo de individuos que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte del Protocolo, siempre que aleguen y puedan demostrar haber sido víctimas de la vulneración de sus DESC. En principio, salvo excepciones concretas, se exige el consentimiento de la víctima de la violación de sus DESC.

Esta posibilidad de presentar reclamaciones frente a un Estado Parte respecto de las personas sometidas a su jurisdicción tiene el mismo nivel de generosidad que el sistema de protección de los derechos y libertades fundamentales del Convenio de Roma del Consejo de Europa de 1950, lo cual determina además que, de conformidad con las nuevas tendencias que apunta la jurisprudencia internacional, un Estado estaría obligado a responder de las denuncias presentadas a raíz de violaciones de DESC cometidas en territorios sometidos en régimen de ocupación por parte un Estado Parte del Protocolo facultativo<sup>24</sup> o por vulneraciones de los DESC recogidos en el Pacto en la medida en que estarían sometidos a la jurisdicción de un Estado parte del Protocolo. Cabe objetar sin embargo cómo la formulación de este precepto (art. 2 del Protocolo) puede llegar a tener un carácter restrictivo, por cuanto excluiría que el Comité conociera de denuncias derivadas de vulneraciones de DESC acaecidas en el territorio de otro Estado Parte o cuando los atropellos a los DESC hayan sido cometidos por ejemplo, por empresas multinacionales que tengan sede en otro Estado.

3. El artículo 3 del Protocolo abunda en otras condiciones o requerimientos previos de admisibilidad de las reclamaciones individuales. Literalmente, dispone que:

“1. El Comité no examinará una comunicación sin antes haberse cerciorado de que se han agotado todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente.

2. El Comité declarará inadmisibile toda comunicación que:

- a) No se haya presentado en el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos, salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo;
- b) Se refiera a hechos sucedidos antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos hayan continuado después de esa fecha;
- c) Se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o haya sido o esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacional;

24 Así se desprende al menos de la lectura del dictamen consultivo de Tribunal de Internacional de Justicia de La Haya de 9-VII-2004 sobre las consecuencias jurídicas sobre la construcción de un muro en el territorio de Palestina ocupada cuando afirma que “12. Le Pacte internationale relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ne comporte aucune disposition quant à son champ d'application. Cette situation peut trouver son explication dans le fait que les droits garantis par ce pacte ont pour l'essentiel une portée territoriale. Mais on ne saurait exclure qu'il s'applique à la fois aux territoires placés sous la souveraineté d'un Etat partie et à ceux sur lesquels un tel Etat exerce une juridiction territoriale. (...) Pour les motifs développés au paragraphe 106 ci-dessus, La Cour ne saurait suscrire la thèse d'Israël. Elle observe aussi que les territoires occupés par Israël sont soumis depuis plus de trente-sept ans à la juridiction territoriale d'Israël en tant que puissance occupante. Dans l'exercice des compétences dont il dispose à ce titre, Israël est tenu para les dispositions du Pacte internationale relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. en outre, il est tenu de ne faire obstacle à l'exercice de tels droits dans les domaines où la compétence a été transférée à des autorités palestiniennes”.  
<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?pl=3&p2=4&k=5a&case=131&code=mwp&p3=4>

- d) Sea incompatible con las disposiciones del Pacto;
- e) Sea manifiestamente infundada, no esté suficientemente fundamentada o se base exclusivamente en informes difundidos por los medios de comunicación;
- f) Constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación, o
- g) Sea anónima o no se haya presentado por escrito”.

El artículo 3 señala, en primer lugar, que previamente se habrá que haber agotado todos los recursos internos disponibles sin limitarse a los exclusivamente judiciales –ya que no se especifica nada al respecto- (apartado 1) dentro de unos límites temporales [apartado 2 a) y b)] o materiales [apartado 2 c), d) y e)] y de otro tipo. Por ejemplo, no se admitirán denuncias que sean anónimas, y sólo se admitirán otras cuando se pueda demostrar una tramitación de esos recursos prolongada no justificada.

Un dato positivo a señalar es la posibilidad contemplada por el Protocolo (art.5) de que, cuando el Comité empiece a conocer el asunto, en determinadas condiciones, el Comité pueda dirigir al Estado Parte concernido la solicitud de adopción de medidas provisionales a fin de evitar daños irreparables a la(s) víctima(s).

En cuanto al procedimiento aplicable al examen de las reclamaciones por los individuos, éste se describe en los artículos 6 a 9, donde se garantizan ciertas condiciones de confidencialidad para el Estado Parte involucrado en alguna comunicación y se ofrece posibilidad de introducir medidas rectificativas necesarias dentro de un plazo temporal (art. 6). Vencido este plazo, el procedimiento concede al Comité de DESC la posibilidad de poner a disposición de las partes interesadas sus buenos oficios a fin de llegar a una solución negociada con base al respeto de las obligaciones emanadas del Pacto con el que se podría poner fin a la denuncia presentada (art. 7). De no ser así, a puerta cerrada, el Comité es el órgano encargado de examinar la reclamación o comunicación presentada, para cuya labor podrá consultar con otros órganos especializados en la materia (art. 8). Al final de su examen o estudio, el Comité está llamado a presentar un dictamen, que irá acompañada de las recomendaciones que estime oportunas al objeto de zanjar la cuestión. A partir de ese momento, el Estado Parte involucrado dispone de un plazo de seis meses para responder por escrito al dictamen y a las sugerencias realizadas por el Comité y para comunicar las medidas correctoras adoptadas. En modo alguno, se prevén, ni medidas ejecutivas, ni medidas sancionadoras. De hecho, no existe ningún mecanismo destinado a garantizar la aplicación del dictamen emitido por el Comité.

La experiencia práctica de otros procedimientos similares existentes en otros tratados internacionales ha demostrado que la mayor virtud de este tipo de procedimiento es el acopio de jurisprudencia que ilumina el contenido de las disposiciones de los tratados, lo cual supone que más que criticar a los Estados, estos procedimientos están sirviendo, no tanto para denunciar o incriminar a los Estados por la violación de determinados derechos, como para ayudarlos a dar

solución a sus problemas. Estos procedimientos gozan además de suficiente grado de publicidad como para ayudar a los Estados a evitar la repetición o consolidación de ciertas conductas que pueden perjudicar la protección efectiva de los Derechos Humanos. Además, este sistema de supervisión de las obligaciones de los Estados complementa verdaderamente el sistema de presentación de informes permitiendo un examen más profundo de los casos individuales.

Asimismo, como ha destacado el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>25</sup>, el examen cuasi-judicial de las quejas presentadas por particulares puede servir para vigilar la realización progresiva de los DESC. Puede ser un complemento importante de otras formas de vigilancia, y los órganos encargados de los tratados internacionales y los mecanismos de examen judicial de los niveles nacional e internacional están llamados a desempeñar una importante labor al respecto. Ahora bien, para no incomodar demasiado a los Estados parte temerosos de este nuevo sistema de reclamaciones, atendiendo también a la cuestión de la disponibilidad de sus recursos a la hora de hacer efectivos los DESC, el Comité de DESC se ha comprometido a respetar “el margen de discreción de los Estados para adoptar las medidas y emprender las acciones adecuadas a sus circunstancias concretas” y “para determinar la utilización óptima de los recursos y adoptar políticas nacionales y dar prioridad a ciertas demandas de recursos sobre otras”. El objetivo último del nuevo sistema de reclamaciones individuales, tanto en el plano nacional como en el internacional, no debe servir para prescribir las medidas de política que un Estado debe adoptar sino más bien para respetar, proteger y cumplir los Derechos Humanos. Los órganos judiciales y cuasi-judiciales independientes se ocuparán de evaluar el grado en que las medidas adoptadas son razonables, habida cuenta del objeto y el propósito del Tratado. Por eso, el Comité de DESC ha señalado que, con su actuación en relación con el sistema de quejas, pretende evaluar si un Estado parte ha adoptado “medidas razonables hasta el máximo de los recursos disponibles para la progresiva realización de las disposiciones del Pacto”.

#### 4.2. El procedimiento de presentación de comunicaciones entre Estados.

Este procedimiento tiene su equivalente en otros Tratados en materia de Derechos Humanos, como es el PIDCP (art. 41) donde nunca ha sido utilizado. Como es lógico, los Estados son reacios a utilizar un recurso destinado a denunciar a otros iguales. Después de todo, ya existen otros mecanismos de supervisión del Pacto destinados a asegurar su cumplimiento.

El procedimiento de presentación de reclamaciones o comunicaciones interestatales está recogido en el artículo 10 del Protocolo. Está sometido a varias restricciones. Para empezar, estas comunicaciones deben ser presentadas por un

---

25 Véase el informe de 25-VI-2007, op.cit. nota 28, pp. 19-21, praesertim p. 20.

Estado Parte en el Pacto facultativo contra otro que, en condiciones de reciprocidad, también sea parte en dicho Protocolo y que a su vez haya aceptado la competencia del Comité para examinar potenciales denuncias contra él (apartado 1). El apartado 2 detalla el desarrollo del procedimiento aplicable a este tipo de denuncias. También se prevé estrictas condiciones de admisibilidad similares a las existentes en el procedimiento de denuncias individuales. Se exige agotar todos los recursos internos [epígrafe c) del apartado 2], cumplir ciertos plazos perentorios [epígrafe a) del artículo 2] o se concede de nuevo al Comité la posibilidad de desplegar sus buenos oficios para encontrar una solución satisfactoria [epígrafe d) del apartado 2].

### 4.3. El procedimiento de investigación.

Una de las novedades introducidas por el nuevo Protocolo para mejorar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Parte del PIDESC es la introducción de una tercera técnica de supervisión del Pacto menos habitual que la de los informes periódicos y las de las denuncias individuales e interestatales. Esta nueva modalidad de aplicación del Pacto está recogida en los artículos 11 y 12 del nuevo Protocolo facultativo. Consiste en un procedimiento de investigación confidencial que puede llevar a cabo el Comité de DESC ante los presuntos supuestos de violaciones graves o sistemáticas de cualesquiera de los DESC recogidos en el Pacto y que, llegado el caso, puede llevar a la iniciación de una investigación sobre el terreno en el territorio del presunto infractor; siempre que así lo consienta expresamente un Estado Parte del Protocolo mediante una declaración atribuyendo tal competencia al Comité de DESC.

Esta técnica no es totalmente novedosa en el ámbito de la protección de los Derechos Humanos. Está inspirada en el procedimiento de investigación que el Convenio internacional contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes que recoge su artículo 20 desde su adopción en 1984<sup>26</sup>. Otro procedimiento de investigación equivalente, pero de cuño más reciente, está previsto en el Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1999<sup>27</sup>, a su vez inspirado también en el Convenio de 1984.

Este procedimiento de investigación tiene la virtud de complementar los demás mecanismos de supervisión del PIDESC, ya que puede permitir al Comité de DESC investigar sobre la base de información obtenida confidencialmente y actuar frente a situaciones que respondan a un patrón de violaciones graves de DESC existentes en

26 Adoptada mediante la resolución 39/461 de la Asamblea General de 10-XII-1984. Instrumento de ratificación de España de 21-X-1987, B.O.E. n.º 268 de 9-XI-1987. Sobre esta técnica véase FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., "Régimen jurídico internacional de la lucha contra la tortura (I)" en C. Fernández de Casadevante Romani (Coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, ed. Dilex, 2003, pp. 265-293, praesertim pp. 282 y ss.

27 Este Protocolo fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución A75/4 adoptada el 6-X-1999.

determinado Estado parte. Esta modalidad permitiría por ejemplo responder a una violación grave de DESC que podrían llevar a generar abusos serios de uno o más derechos contenidos en el PIDESC, por ejemplo, por la construcción y explotación de un dique por parte de un Gobierno que causara el desplazamiento forzoso de personas y la inundación de comunidades rurales ubicadas en áreas aledañas al proyecto. Este mecanismo también puede habilitar al Comité para indagar sobre violaciones sistemáticas o generalizadas de DESC en los casos de que las denuncias individuales no sean suficientes para reflejar el alcance del problema. De igual modo, se aplicaría a situaciones en las que las personas o grupos no puedan presentar reclamaciones debido a limitaciones prácticas relacionadas con temor a represalias. Por tanto, el nuevo procedimiento de investigación puede ayudar al Comité a responder de forma oportuna a violaciones serias que ocurran en el territorio de un Estado parte del PIDESC sin necesidad de esperar hasta que se presente el siguiente informe periódico de un Estado. Es, sin duda, una técnica que no podemos desdeñar, máxime porque en esto se revela más progresista y adelantado el PIDESC que el propio PIDCP en que el que no está prevista una técnica de este tipo.

Un elemento significativo de la nueva técnica de investigación es la inclusión de procedimiento de solución amistoso que concede gran protagonismo al Comité de DESC y que favorece a la postre el desarrollo de una investigación confidencial para los supuestos para los que está reservada, es decir, en caso de violación de los DESC más agravados, en los supuestos que exijan una reacción más urgente o, en los casos donde las demás técnicas de supervisión se revelen insuficientes.

## 5. LOS DERECHOS PROTEGIDOS POR EL NUEVO PROTOCOLO FACULTATIVO.

Desde que en 1948 se adoptó la DUDH, los DESC han sido objeto de una atención pública y jurídica menor frente a los DCP por la falsa consideración de constituir en la práctica “derechos de segunda clase”, inaplicables o no sometidos a los tribunales o, porque sólo se pueden ir cumpliendo “progresivamente”. El apartado 1 del artículo 2 del Pacto parece corroborar este hecho cuando dispone que “cada uno de los Estados Parte de [este Pacto] se compromete a adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, (...) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Sin embargo, en este precepto, se recogen tanto obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado, aunque el Pacto contempla su “realización progresiva” o paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación o “disponibilidad de recursos” con que cuenta<sup>28</sup>. También impone varias

28 Un estudio detallado sobre el concepto de “realización progresiva” de los DESC se puede encontrar en el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 25-VI-2007, doc. E/2007/82, 27 páginas, praesertim pp. 5-7. En este documento, se recuerda como el Pacto contiene tres tipos de obligaciones para los Estados parte: las de “respetar”, “proteger” y “cumplir” (facilitar, promover y proveer) los DESC, que luego concreta.



obligaciones de realización inmediata<sup>29</sup>. Por ejemplo, la obligación asumida por los Estados por la que se “comprometen a garantizar” que los derechos pertinentes se ejercerán “sin discriminación” o el compromiso de “adoptar medidas”<sup>30</sup>.

Partiendo de la indivisibilidad e interdependencia de los DCP y de los DESC, en la actualidad, los DESC ya son objeto de mayor atención. No en vano, los DESC son ya percibidos como derechos que, en realidad, aseguran y garantizan la protección plena de las personas en cuanto tales, dado que son derechos que posibilitan un nivel de vida adecuado para las personas. Tales derechos cubren áreas tan diversas como la igualdad entre hombres y mujeres; la accesibilidad y las condiciones de empleo; la sindicalización; la seguridad social; la prioridad a la familia y a la protección especial a los niños; el disfrute de la cultura; la alimentación; la vivienda; la educación; la salud física y mental; o el medio ambiente sano.

En concreto, el PIDESC reconoce como DESC de las personas<sup>31</sup>: el trabajo (art. 6); el goce de unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7); la sindicalización -fundar sindicatos y formar federaciones o confederaciones-, la libertad sindical y la realización de huelgas (art. 8); la seguridad social (art. 9); la protección y asistencia de la familia, especialmente a las mujeres embarazadas -antes y después del parto-, a niñas, a niños y a adolescentes (art. 10); un nivel de

29 Existen DESC de realización inmediata que se pueden garantizar sin discriminación alguna. Por ejemplo: el derecho a fundar sindicatos o a afiliarse a ellos, el derecho de huelga (art. 8) o la obligación de proteger a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social (párrafo 3 del art. 10). Este tipo de obligaciones comporta la obligación de los Estados de adoptar medidas deliberadas, concretas y orientadas haciendo el uso más eficiente posible de los recursos disponibles para avanzar lo más rápida y efectivamente posible hacia la plena realización de los derechos.

Las obligaciones inmediatas también entrañan una firme presunción de que no está permitido adoptar medidas regresivas deliberadas, es decir, medidas que supongan el deterioro del nivel de cumplimiento de un derecho en un momento dado. A modo de ejemplo, la introducción del pago de tasas en la enseñanza secundaria cuando anteriormente hubiera sido gratuita constituiría una medida regresiva deliberada.

Asimismo, las obligaciones inmediatas pueden ser obligaciones de satisfacer, con carácter prioritario, “por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos” reconocidos en el Pacto, lo que se denominan también “obligaciones mínimas”. En estos casos, la carga de la prueba que justifique la adecuación al Pacto recae sobre los Estados. Dos ejemplos de este tipo de “obligaciones mínimas” serían: el reconocimiento del “derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre” (art. 11) y o la disposición de que la “enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente (art. 13). Hay que señalar los niveles mínimos de cumplimiento de los derechos dependen en cierta medida de la situación concreta de un Estado determinado

30 Las obligaciones inmediatas también entrañan una firme presunción de que no está permitido adoptar medidas regresivas deliberadas, es decir, medidas que supongan el deterioro del nivel de cumplimiento de un derecho en un momento dado. A modo de ejemplo, la introducción del pago de tasas en la enseñanza secundaria cuando anteriormente hubiera sido gratuita constituiría una medida regresiva deliberada.

Asimismo, las obligaciones inmediatas pueden ser obligaciones de satisfacer, con carácter prioritario, “por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos” reconocidos en el Pacto, lo que se denominan también “obligaciones mínimas”. En estos casos, la carga de la prueba que justifique la adecuación al Pacto recae sobre los Estados. Dos ejemplos de este tipo de “obligaciones mínimas” serían: el reconocimiento del “derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre” (art. 11) y o la disposición de que la “enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente (art. 13). Hay que señalar los niveles mínimos de cumplimiento de los derechos dependen en cierta medida de la situación concreta de un Estado determinado

31 Los DESC no se agotan en el PIDESC, existen otros textos internacionales que protegen estos derechos, por ejemplo, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial proclamada en la resolución 2106 A (XX) de 21-XII-1965, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer proclamada en la resolución 34/180 de 18-XII-1979 o, la Convención internacional sobre los derechos de niño proclamada en la resolución 44/25 de 20-XI-1979. Vide <http://www2.ohchr.org/english/>

vida adecuado que incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados y protección contra el hambre (art. 11); el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12); la educación (art. 13); la enseñanza obligatoria y gratuita (art. 14); la participación en la vida cultural, el goce de los progresos científicos y; la protección de los beneficios morales y materiales derivados de su producción científica, literaria o artística (art. 15).

Su vigencia significa, ante todo, el reconocimiento de los DESC en el Derecho Internacional positivo. Significa que los Estados que voluntariamente deciden aceptar su vigencia, mediante su firma, ratificación y adhesión, y se obligan a dar cumplimiento a las disposiciones del Tratado. A este respecto, resulta particularmente pertinente subrayar cómo el nuevo PpPIDESC no trata de ampliar el catálogo de DESC ya recogidos en el Pacto. En modo alguno, se han querido generar nuevas obligaciones sustantivas a los Estados. De igual modo, el PpPIDESC tampoco ha alterado el carácter jurídico de las obligaciones existentes. El objetivo último de este nuevo instrumento jurídico internacional consiste en mejorar y garantizar una mejor y mayor aplicación del PIDESC y así promover el desarrollo de una jurisprudencia internacional que, a la vez, favorezca el desarrollo de la jurisprudencia nacional respecto de los DESC. Sólo así se puede evitar que los DESC se queden en meras aspiraciones u orientaciones normativas. En realidad, -como veremos inmediatamente-, el nuevo Protocolo contiene primordialmente medidas institucionales y procedimentales tendentes a fortalecer el sistema de rendición de cuentas internacional a los Estados parte del PIDESC.

## 6. CONSIDERACIONES FINALES.

La adopción de este nuevo Protocolo al PIDESC se revela como una compensación o corrección decisiva en el desequilibrio histórico que ha existido entre los DESC y los DCP. Sin la introducción de las importantes innovaciones que aporta el nuevo Protocolo a la hora de favorecer el efectividad y el cumplimiento de las obligaciones de los Estados respecto de este tipo de derechos, los DESC seguirán siendo un idea inaccesible.

¿Quién sabe si, de llegar a entrar en vigor y empezar a dar sus frutos, este Protocolo puede suponer dar un importante paso en favor de la igualdad, la universalidad y la interdependencia de los Derechos Humanos y conducir a una equiparación real y total de los Derechos Humanos sin categorías? ¿Quizás estemos mucho más cerca de esa idea lanzada por cierta doctrina humanitaria que postula la unificación de los dos Pactos Internacionales? De hecho, un gran avance del nuevo Protocolo es el abandono de un enfoque "a la carta" de los DESC –como sugerían Estados como Rusia o Suiza- a favor de un enfoque global del mismo, por delante o *à la avangarde* de otros mecanismos jurídicos aparentemente más avanzados como la Carta Social Europea (revisada). De ahí, el difícil equilibrio logrado por este nuevo Protocolo cuyo objetivo final consiste en lograr, entre otros, un mayor

reconocimiento de los DESC en las leyes nacionales y ante sus tribunales estatales, así como fortalecer la función de supervisión de este tipo de derechos por parte de las organizaciones de la sociedad civil.

Uno de los valores más positivos del nuevo Protocolo facultativo resulta de la circunstancia de que, -tal y como han subrayado algunas ONGs que luchan por la garantía y efectividad de los Derechos Humanos-, el PIDESC, si bien no condena a ningún país por el hecho de ser pobre o porque muchos de sus ciudadanos lo sean, reclama la realización progresiva de estos derechos "al máximo de sus recursos disponibles y sin discriminación" (apdo. 2º del art. 2). Así, toda regresión o reducción en la prestación de servicios públicos esenciales sin estar plenamente justificada podría llegar a constituir una clara violación de los Derechos Humanos contra la cual las víctimas podrán denunciar ante una instancia internacional. Y es que, como es bien sabido, el mayor escollo que encuentran muchos países para asegurar este tipo de derechos no es una cuestión de escasez de recursos, sino de distribución desigual y de falta de voluntad política. Quizá sea éste un importante paso para lograr que una importante parte del mundo que vive en la pobreza (como América Latina, y Bolivia en particular) pueda sacar a la luz los abusos que sus Gobiernos cometen, no impiden, ignoran o no reparan y, así reclamar su derecho a llevar una vida digna, sin tanta miseria, discriminación o abandono como hasta ahora. Todo este planteamiento se ve respaldado por la importancia que, a lo largo de las negociaciones de este nuevo Protocolo, se ha querido dar a la difícil cuestión de la asistencia y de la cooperación internacional en este ámbito, finalmente regulada en el artículo 14 del Protocolo y que prevé incluso la creación de un fondo fiduciario que preste asistencia especializada y técnica a los Estados Partes para promover el ejercicio de los DESC y para contribuir especialmente a fomentar la capacidad nacional para garantizar la aplicación efectiva de este tipo de derechos.



## 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ABRAMOVICH, V.; CURTIS, C., *Los Derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, ed. Trotta, 2002.
- BODERIN MASHOOD, A; MCCORQUODALE, R., *Economic, social and cultural rights in action*, Oxford, ed. Oxford University Press, 2007.
- BOU FRANCH, V.; CASTILLO DAUDÍ, M., *Curso de Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Valencia, ed. Tirant-lo-Blanch. 2008.
- CASTILLO DAUDÍ, M., *Responsabilidad penal del individuo ante los Tribunales internacionales*, Valencia, ed. Tirant-lo-Blanch, 2006.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (Coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª edición, ed. Paracuellos de Jarama (Dilex), 2003.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., "Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de las Naciones Unidas", *Derechos y libertades, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año 3, número 6*, 1998, pp. 85-95.
- SODINI, R., *Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Paris, ed. Montchrestien, 2000.
- VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, ed. Trotta, 2002.

ESTADO DE TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL Y NUEVAS  
LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL BOLIVIANO

TRANSITION STATE CONSTITUTIONAL AND  
NEW BOLIVIAN CONSTITUTIONAL COURT'S  
JURISPRUDENCE

*Rev. boliv. de derecho* n° 12, julio 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 44-63



Boris W.  
ARIAS  
LÓPEZ.

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 8 de febrero de 2011

**ARTÍCULO APROBADO:** 21 de febrero de 2011

**RESUMEN:** El artículo refiere al denominado Estado de Transición Constitucional y las nuevas líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional boliviano establecidas en la gestión 2010 destacándose en este contexto la jurisprudencia que moduló o cambia anteriores líneas jurisprudenciales controvirtiendo y analizándolas en el marco de la posición de la mayoría y considerando los votos disidentes de algunos magistrados.

**PALABRAS CLAVE:** Bolivia / Estado de transición Constitucional / Jurisprudencia constitucional 2010

**ABSTRACT:** The article refers to the so-called Transition State Constitutional and new lines Bolivian Constitutional Court's jurisprudence established in 2010 emphasizing management in this context the case that modulate or change controverting previous lines and analyzing case law under the majority position and considering dissenting opinions of some judges.

**KEY WORDS:** Bolivia / Transition State Constitutional / Cases 2010

**SUMARIO:** I.- EL “ESTADO DE TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL”, Y LA SITUACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTERIOR. 2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD NORMATIVO EN BASE A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO BOLIVIANA VIGENTE. 3. ALGUNAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES Y CAMBIOS DE LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3.1. Es posible la investigación de jueces tutelares aunque su decisión no haya sido revisada por el Tribunal Constitucional, pero debe esperarse a dicha revisión para determinarse su responsabilidad penal. 3.2. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos integran el bloque de constitucionalidad. 3.3. Cómputo del plazo de seis meses de la inmediatez en el amparo constitucional. 3.4. La seguridad jurídica en el marco de la Constitución Política del Estado vigente al ser un principio no es tutelable por el amparo constitucional. 3.5. La determinación del plazo razonable debe considerarse tomándose en cuenta los problemas estructurales de la justicia boliviana. 3.6 La notificación con una conminatoria de pago en materia familiar debe ser personal cuando el abogado de la parte en cuestión otorgó pase profesional. 4. FALLOS ESPECIALMENTE PLAUSIBLES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 5. POSICION ESPECIALMENTE CRÍTICA A ALGUNOS FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 5.1. La no posibilidad de invocar dos causales de improcedencia excluyentes. 5.2. Líneas jurisprudenciales que sumadas dan resultados no deseados y previstos. 5.3. Difícil manejo adecuado de la jurisprudencia. 6. CONCLUSIONES.

## I. EL “ESTADO DE TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL”, Y LA SITUACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTERIOR.

El proceso de reforma constitucional concluido en febrero del año 2009, implica la transición ordenada y paulatina de un régimen constitucional normativo a otro, aspecto que además puede extraerse de la propia voluntad del legislador constituyente, traducida en las disposiciones transitorias de la Constitución Política del Estado vigente.

El denominado “estado de transición constitucional” (SC 0158/2010-R)<sup>1</sup> entendido como un lapso de tiempo, en el cual la Constitución Política del Estado abrogada tiene efectos ultractivos<sup>2</sup> y la Constitución Política del Estado vigente tiene efecto operativo e inmediato, implica entre otros la adecuación de las leyes y normas Infra-

1 La SC 0158/2010-R sostuvo que: “...“estado de transición constitucional” en el marco del cual se liquidarán las causas pendientes de resolución... los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos, estuvieron en plena vigencia en el momento de iniciarse las causas pendientes de resolución y permanecen actuales en la etapa de transición constitucional... En consecuencia, en la especie, corresponde aplicar el bloque de constitucionalidad conformado por la Constitución vigente, los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos y principios y valores de rango constitucional...”.

2 Piénsese en la permanencia de autoridades elegidas conforme la Constitución Política del Estado abrogada que se mantendrán hasta la posesión de las nuevas autoridades y que por ende hasta entonces su legitimidad se fundamenta por los efectos ultractivos de la referida Constitución.

### • Abog. Boris Wilson Arias Lopez

Abogado, Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar (2008) y de Defensa y Seguridad Nacional de la Escuela de Altos Estudios Nacionales (2009), docente universitario pregrado y postgrado y actualmente cursa el Doctorado en Derecho Constitucional y Penal de la Universidad Mayor de San Andrés. borisito55@hotmail.com



constitucionales al nuevo texto constitucional, el paulatino cambio de autoridades estatales y la liquidación de causas pendientes planteadas bajo el anterior régimen constitucional y que se tiene que resolver con el nuevo régimen constitucional.

En este marco, la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional emergente de la Ley N° 003 (Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público) en mi criterio probablemente debió partir de los siguientes supuestos para la revisión de causas tramitadas de forma anterior al mes de febrero del año 2009, fecha de la promulgación de la Constitución Política del Estado vigente:

- La diferenciación de las **causas que mantienen su objeto procesal**, es decir aquellas donde una sentencia constitucional todavía podría ser ejecutada y tener efecto práctico -en cuyo caso procede la revisión por parte del Tribunal Constitucional-, de las **causas que perdieron su objeto procesal** por la naturaleza del asunto, los hechos sobrevinientes y en definitiva por el transcurso del tiempo, es decir, en los casos en los cuales por ejemplo el detenido ya recuperó su libertad, el derecho lesionado fue reparado por el transcurso del tiempo o por otro mecanismo diferente a las acciones y recursos constitucionales, cuando el hecho o norma objeto del control de constitucionalidad a surtido sus efectos y su consecuencia a devenido en irreparable, lo que sucede por ejemplo con varios referéndums que ya tienen pronunciamiento del soberano, en esos casos no es posible un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, aunque corresponde aclarar que la imposibilidad de revisión por parte del Tribunal Constitucional de la decisión que perdió su objeto procesal no impide la determinación de responsabilidad de los jueces tutelares o la responsabilidad civil, penal o administrativa de los recurridos y demandados, pese a que por la amplia etapa probatoria que requieren la sede constitucional no es la idónea. Entonces esta falta de distinción provocó excesiva carga procesal al Tribunal Constitucional durante al gestión 2010 entorpeciendo claramente sus labores jurisdiccionales.
- La diferenciación entre **normas que constituyen la parte orgánica constitucional**, como son las normas que determinan la organización y distribución de competencias entre los distintos órganos de poder; y las **normas que constituyen la parte dogmática de la Constitución Política del Estado**, referidas principalmente a derechos fundamentales y garantías constitucionales que cuentan con el resguardo de los tratados de derechos humanos en el régimen de transición constitucional. En este marco, la jurisprudencia del anterior Tribunal Constitucional que incidía en la parte orgánica de la Constitución, ha dejado de tener efecto vinculante

y se transformó en *obiter dicta* mientras que la jurisprudencia que incidía a la parte dogmática constitucional la misma continúa teniendo efecto vinculante, puesto que al ser la jurisprudencia un tipo de razonamiento estrictamente fundamentado no puede ser derogado o abrogado (no es derecho positivo), en cuyo caso para el cambio de línea jurisprudencial debe necesariamente en cada sentencia moduladora o de cambio de línea jurisprudencial invocarse el precedente anterior y las circunstancias y argumentos nuevos que provocan el cambio de línea jurisprudencial a efectos de resguardar los principios de igualdad y de seguridad jurídica<sup>3</sup>.

Por otra parte, puede deducirse el efecto vinculante que ha tenido la jurisprudencia del anterior Tribunal Constitucional si se analizan algunos de los rechazos de demandas de inconstitucionalidad por parte de la Comisión de Admisión del actual Tribunal Constitucional, fundadas en que el anterior Tribunal Constitucional ya resolvió en el fondo la constitucionalidad de dichas normas impugnadas, por lo que se denegó un nuevo control de constitucionalidad basado en los mismos argumentos como sucedió por ejemplo en AC 0588/2010-CA, AC 0186/2010-CA, AC 0024/2010-CA, AC 0072/2010-CA, AC 0261/2010-CA, AC 0354/2010-CA, AC 0391/2010-CA, AC 0396/2010-CA, AC 0126/2010-CA.

Un ejemplo referido a la ratificación y modulación de sentencias constitucionales puede ser la sentencia constitucional 0008/2010-R que recogió la ratio decidendi de la sentencia constitucional 160/05-R, que había establecido la subsidiariedad del hábeas corpus ahora acción de libertad en sentido de tener que acudir a los mecanismos procesales ordinarios para la defensa de la libertad personal cuando sean idóneos, eficientes y oportunos para restituir el derecho pero se modula en lo referente al derecho a la vida que ahora se protege de forma directa y sin necesidad de agotar otra vía.

## 2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD NORMATIVO EN BASE A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO BOLIVIANA VIGENTE.

La Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional rechazó gran parte de las acciones de inconstitucionalidad de control normativo -principalmente compuesto por las acciones abstractas e incidentales de inconstitucionalidad-, planteadas durante el lapso en el que el Tribunal Constitucional dejó de funcionar (octubre de 2007) hasta la vigencia de la Constitución Política del Estado vigente (febrero de 2009), bajo el argumento de que la contrastación de dos normas abstractas, una integrante del bloque

3 Cfr. la SC 0114/2010-R que sostuvo que: "...El art. 44.1 de la LTC, consagra el mandato de vinculatoriedad de las decisiones del órgano contralor de constitucionalidad, disposición legal que en el marco del art. 6 de la Ley 003, es plenamente aplicable a las causas tramitadas ante el Tribunal Constitucional en tanto y cuanto sean compatibles con la Constitución Política del Estado vigente. No obstante la vigencia de este postulado, el Estado Social y Democrático de Derecho, permite la posibilidad de modular y en su caso mutar líneas jurisprudenciales con la debida motivación que justifique el cambio de entendimiento jurisprudencial".

de constitucionalidad y la otra Infra-constitucional, únicamente podía efectuarse con la norma constitucional vigente que se constituye en parámetro de constitucionalidad y no con la derogada, sin que además pueda aplicarse el *iura novit curia* en la justicia constitucional en este tipo de casos. Así el AC 0034/2010-CA-BIS sostuvo que:

*“En el caso presente, se evidencia que la fundamentación del memorial en el que se solicita que se promueva el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad está basada íntegramente en la Constitución Política del Estado abrogada. Al respecto, corresponde aclarar que el proceso constituyente que culminó con la promulgación de la Ley Fundamental vigente, constituye una causal sobreviniente ajena a la voluntad de las partes y del propio Tribunal, que impide la admisión del recurso por falta de fundamentación jurídico-constitucional, aclarando que en la labor de control de constitucionalidad, este Tribunal no puede actuar de oficio, sino a instancia de parte. Por ello, ante la imposibilidad de ingresar al análisis de fondo, corresponde el rechazo del incidente de inconstitucionalidad por basarse en preceptos de la Constitución abrogada, por lo que el presente recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad carece de fundamento jurídico-constitucional, lo que amerita su rechazo, conforme determina el art. 33.I inc. 1) de la LTC”*

Este razonamiento puede tener las siguientes consideraciones:

- La aplicación de dicho razonamiento debe ser cuidadosa para no afectar el derecho de acceso a la justicia; en este sentido, el Tribunal Constitucional diferenció claramente las **acciones de control normativo** que supervigilan que las leyes y toda resolución de carácter normativo (general, abstracto, impersonal) se adecue en su texto al bloque de constitucionalidad donde es posible utilizar bajo ciertos parámetros la jurisprudencia citada (principalmente en las acciones abstracta y concreta de inconstitucionalidad); **de las acciones de carácter tutelar**, que protegen derechos y garantías, en cuyo caso no es posible utilizar este razonamiento (principalmente el amparo constitucional, el habeas corpus ahora acción de libertad), justamente porque conforme lo referido anteriormente los derechos fundamentales contenidos en la Constitución abrogada estaban protegidos por los tratados de Derechos Humanos además de encontrarse en el nuevo texto constitucional.

Pese a ello el análisis en cada caso concreto no resultó tan fácil; así por ejemplo, en el AC 0068/2010-CA correspondiente a un Recurso contra Resoluciones Congresales o Camarales equivalente a un amparo constitucional, tanto en la Ley del Tribunal Constitucional abrogada (art. 86)<sup>4</sup> como en la nueva (art. 131)<sup>5</sup> pero con sujeto pasivo privilegiado como es

4 Cfr. BOLIVIA. Ley del Tribunal Constitucional ó Ley 1836. Gaceta Oficial de Bolivia. abril de 1998.

5 Cfr. BOLIVIA. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional ó Ley 027. Gaceta Oficial de Bolivia. julio de 2010.

el Congreso ahora Asamblea Legislativa Plurinacional, se rechazó el recurso porque la fundamentación del memorial se basaba íntegramente en la Constitución Política del Estado abrogada, pero **dicho razonamiento no debió aplicarse a una acción tutelar** pues esto implicaría que también se tendría que rechazar los amparos constitucionales y los habeas corpus -ahora acciones de libertad-, planteados durante la vigencia de la Constitución Política del Estado abrogada, que sin embargo el Tribunal Constitucional ha venido revisando.

- Respecto a los recursos incidentales de inconstitucionalidad -hoy acciones concretas de inconstitucionalidad-, el razonamiento del AC 0034/2010-CA-BIS únicamente puede tener efecto en la medida en la que los jueces y tribunales hayan suspendido la tramitación de los procesos judiciales y administrativos conforme el art. 63 de la Ley del Tribunal Constitucional abrogada, al existir la posibilidad conforme el AC 0062/2010-CA<sup>6</sup> de presentar otro incidente de constitucionalidad con la misma fundamentación, pues de lo contrario podría entenderse como denegación de justicia.
- Respecto a los recursos directos de inconstitucionalidad -hoy acción abstracta de inconstitucionalidad-, cuya legitimación activa en el planteamiento es calificada<sup>7</sup> es posible la reiteración de la demanda en la medida en la que el rechazo no implique un pronunciamiento de fondo desvirtuando la existencia de cosa juzgada constitucional (art. 203 de la CPE), siempre y cuando la norma continúe vigente, pues de lo contrario nos encontraríamos en substracción o pérdida del objeto procesal.

### 3. ALGUNAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES Y CAMBIOS DE LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

#### 3.1. Es posible la investigación de jueces tutelares aunque su decisión no haya sido revisada por el Tribunal Constitucional, pero debe esperarse a dicha revisión para determinarse su responsabilidad penal.

- Respecto al procesamiento penal de jueces tutelares (principalmente amparo constitucional y habeas corpus ahora acción de libertad) en la sentencia constitucional (0129/2010-R)<sup>8</sup>, el accionante como juez tutelar había declarado la procedencia de un habeas corpus -ahora acción de

6 El AC 0062/2010-CA sostuvo que: "...considerando que la normativa constitucional acusada de vulnerada ya no está vigente... ante la imposibilidad de ingresar al análisis de fondo, corresponde el rechazo del incidente de inconstitucionalidad por basarse en preceptos de la Constitución abrogada, **sin perjuicio de que la parte interesada pueda nuevamente solicitar que se promueva la acción de inconstitucionalidad conforme a la Constitución vigente y cumpliendo los requisitos de admisibilidad**".

7 Conforme el art. 202-I de la Constitución Política del Estado vigente pueden plantear la acción abstracta de inconstitucionalidad únicamente la: "...Presidenta o Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas".

8 En similar sentido la SC 0253/2010-R.

libertad-, que llevó a que se le inicie un proceso penal, acto contra el cual planteó un habeas corpus –ahora acción de libertad- contra el Fiscal de la causa. La mayoría de los magistrados del Tribunal Constitucional denegó la tutela modificando el entendimiento jurisprudencial contenido en la SC 1077/2006-R que establecía la imposibilidad del enjuiciamiento de un juez tutelar mientras no se revise la causa por el Tribunal Constitucional. Se usó el siguiente argumento: “...no debe entenderse de manera negativa y ligera que toda revocatoria y por ende denegación de tutela, necesariamente implica responsabilidad o temeridad por parte del juez constitucional, pues si bien están investidos de jurisdicción y competencia para el caso concreto, no es menos evidente que son seres humanos, por ello es que la misma Constitución ha establecido la revisión de oficio, para que este Tribunal sea quien analice nuevamente la situación... Empero, dentro de un plano de equilibrio y de no interferencia entre órganos que forman parte del sistema judicial, el Tribunal Constitucional no puede interferir en la labor encomendada por ley a la Policía ni a la Fiscalía, tampoco puede prohibir el inicio de una investigación... (de tal forma que un juez tutelar)... por el efecto jurídico inmediato de la otorgación de tutela, sí puede ser sometido a investigación, pero en el estricto marco del derecho, más no puede determinarse responsabilidad penal entre tanto, no se emita la sentencia constitucional respectiva...”(0129/2010-R).

- Dicha sentencia constitucional cuenta con el voto disidente del magistrado Marco Antonio Baldivieso Jinés que sostuvo que cuando un juez ordinario conoce una acción tutelar goza de “*investidura constitucional*”, lo que imposibilita su juzgamiento e investigación hasta que su decisión haya sido revisada por el Tribunal Constitucional. Asimismo, sostuvo que de lo contrario se afectaría en su criterio el respeto a los derechos y garantías, por lo que la imposibilidad de juzgamiento a un juez tutelar se constituye en una garantía de la independencia judicial no sólo para el juez sino para los ciudadanos cuyos conflictos están siendo administrados, sin que además sus fallos puedan cuestionarse a priori por los demandados que en su mayor parte son autoridades públicas e incluso fiscales.
- Al respecto considero que tanto en la vía judicial ordinaria como en la constitucional no debería existir la posibilidad de presionar a los órganos jurisdiccionales hasta que el superior jerárquico jurisdiccional haya revisado la decisión impugnada de prevaricadora o contraria a la Constitución y las Leyes. Así por ejemplo, en la jurisdicción ordinaria suele suceder que cuando un juez dicta una sentencia, los fiscales entienden que el delito de prevaricato se consumó con la firma de la correspondiente resolución o sentencia, sin considerar el resultado de la tramitación de los recursos ordinarios activados que puedan ser planteados por las partes del proceso; de tal forma que

cuando el órgano jurisdiccional superior jerárquico deba resolver el asunto se le presenta en fotocopias legalizadas una resolución del fiscal, sea de rechazo de la denuncia o de imputación formal, que compromete al órgano superior jerárquico, pues de apartarse de la resolución del fiscal incurría de igual forma en el delito en cuestión, afectándose así su independencia funcional. En este marco considero que la jurisprudencia contenida en la SC 0129/2010-R únicamente puede respetar el debido proceso en su elemento juez natural que implica al juez competente, imparcial e independiente<sup>9</sup> en la medida en la que la investigación únicamente comprenda los elementos necesarios e indispensables que por el transcurso del tiempo podrían perderse, sin que además conforme una interpretación literal de dicha línea jurisprudencial pueda imputarse a los jueces tutelares *salvo en casos de flagrancia que no refieran por supuesto al presunto delito de prevaricato*.

### 3.2. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos integran el bloque de constitucionalidad.

- En la sentencia constitucional 0110/2010-R, el accionante del amparo constitucional sostuvo que se negó en su caso la aplicación de la SC 101/2004 y el AC 79/2004-ECA que establecen parámetros objetivos para demostrar que en la tramitación del proceso penal en su contra se vulneró la garantía de ser juzgado en un plazo razonable. El Tribunal Constitucional denegó la tutela bajo el argumento de que dicho enjuiciamiento emergía de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trujillo Oroza contra Bolivia<sup>10</sup> y que: *“...se colige que inequívocamente las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del “Estado Constitucional” enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos”*.
- Considero que si bien esta innovadora sentencia constitucional es plenamente plausible en su ratio decidendi al integrar al bloque de constitucionalidad las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no resuelve el fondo del asunto pues la Corte Interamericana de

9 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

10 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000.

Derechos Humanos ha establecido la obligación del Estado boliviano a una investigación seria pero que a la vez respete los derechos humanos de los procesados; por lo que, en el proceso penal de referencia al menos debió exhortarse a los órganos jurisdiccionales y de persecución penal a dar la celeridad debida del caso bajo advertencia de incurrir en responsabilidad<sup>11</sup>. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia desarrolló el bloque de constitucionalidad a partir de la integración normativa (C-1022 de 1999 y C-400 de 1998) y de la integración interpretativa (C-067 de 2003), en Bolivia podría desarrollarse la integración de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no vía normativa (art. 410-II o 256 primera parte de la Constitución Política del Estado), sino vía interpretativa, es decir por el art. 13-IV de la Constitución Política del Estado que establece que: *“Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”* concordante con el art. 256 segunda parte de la misma norma fundamental, de forma que se entienda que si bien los derechos fundamentales se interpretan conforme los tratados de derechos humanos éstos se interpretan conforme las cortes, tribunales y comités de derechos humanos establecen.

### 3.3. Cómputo del plazo de seis meses de la inmediatez en el amparo constitucional.

- En la SC 0347/2010-R la mayoría de los magistrados del Tribunal Constitucional (Dr. Juan Lanchipa Ponce, Dra. Ligia Mónica Velásquez Castañón y Dr. Ernesto Félix Mur) sostuvieron que el cómputo del plazo de seis meses a efectos de la inmediatez del amparo constitucional debe efectuarse con la notificación mediante cédula en secretaría de cámara de la Corte Suprema de Justicia -ahora Tribunal Supremo de Justicia- en la ciudad de Sucre – Bolivia, y no desde la notificación con el decreto de *“cúmplase”* que dicta el juez de instancia en el domicilio procesal de las partes, porque las partes que tienen pendiente un recurso de impugnación tienen el deber procesal de hacer el correspondiente seguimiento.
- Por su parte el magistrado Abigael Burgoa Ordoñez sostuvo en voto disidente que la notificación que se debe tomar en cuenta para el cómputo del plazo de seis meses de inmediatez, es la del decreto de *“cúmplase”*, al ser una notificación oficial y porque dicha interpretación es la más favorable al derecho de acceso a la justicia.
- Finalmente, el magistrado Marco Antonio Baldivieso Jinés sostuvo en voto disidente que dicho cómputo debe efectuarse desde que se demostró

<sup>11</sup> El proceso penal de referencia tiene una duración de más de 10 años.

que el accionante tuvo conocimiento efectivo de la resolución impugnada; es decir, si solicita fotocopias del expediente a pesar de no existir una notificación oficial puede presumirse que se conoció el fallo impugnado o si en un documento o declaración incluso extrajudicial se hace referencia a que se conoció dicho fallo, desde ese momento o del referido en la declaración debe computarse el plazo de los seis meses, posición que personalmente considero más adecuada para la realidad nacional donde por la distancia y la demora en la remisión de antecedentes desde la Corte Suprema de Justicia -ahora Tribunal Supremo de Justicia- a los diferentes departamentos fácilmente hace que se sobrepase el término de seis meses impidiendo el planteamiento del amparo constitucional dentro del plazo, salvo que el Tribunal Constitucional hubiera ordenado que la Corte Suprema de Justicia -ahora Tribunal Supremo de Justicia- tome las medidas administrativas necesarias para el correspondiente acceso a dichos fallos desde los diferentes departamentos sobretodo en pueblos del país donde no exista internet.

#### **3.4. La seguridad jurídica en el marco de la Constitución Política del Estado vigente al ser un principio no es tutelable por el amparo constitucional.**

- La mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional respecto a la seguridad jurídica sostuvieron que: *“Sobre la seguridad jurídica, invocada en su momento por la accionante, como “derecho fundamental”, cabe señalar que... al presente, y en vigencia de la Constitución Política del Estado... la seguridad jurídica, no se encuentra consagrada como derecho fundamental, sino como un principio que sustenta la potestad de impartir justicia emanada del pueblo (art. 178 de la CPE); y por otro lado, como un principio articulador de la economía plural en el modelo económico boliviano (art. 306.III de la CPE)... se debe tener claramente establecido que “la seguridad jurídica” al ser un principio, no puede ser tutelado por el recurso o acción de amparo constitucional que tiene por finalidad proteger derechos fundamentales -no principios-, reconocidos por la Constitución, las normas internacionales de derechos humanos reconocidos y/o ratificados por el país (que conforman el bloque de constitucionalidad) y las leyes; sin embargo, por su reconocimiento constitucional, no puede ser inobservado por las autoridades jurisdiccionales y/o administrativas, a momento de conocer y resolver un caso concreto sometido a su competencia, por tanto es de inexcusable cumplimiento” (SC 0096/2010-R), razonamiento aplicable a los casos planteados bajo la Constitución Política del Estado abrogada y la jurisprudencia del anterior Tribunal Constitucional que se revisaron por el actual Tribunal Constitucional.*



- Por su parte el magistrado Marco Antonio Baldivieso Jinés emitió voto disidente manifestando que en el texto constitucional boliviano uno de los fines y funciones del Estado es la seguridad que incluye a la seguridad jurídica (Art. 9.2 de la CPE), de ahí que en su criterio: *"...la seguridad jurídica es una garantía para el ejercicio de los derechos; pues sólo en tanto y en cuanto se cumpla con la dimensión objetiva y subjetiva de la seguridad jurídica, estarán dadas las condiciones necesarias para el pleno goce y disfrute de los derechos"* y al existir *la facultad de las personas de: "...exigir al Estado el cumplimiento de su fines y funciones, entre ellas, garantizar la seguridad jurídica... (se configura)... entonces la seguridad jurídica como un verdadero derecho de la persona frente al Estado"*; de forma que la seguridad jurídica en su criterio está contenido en la cláusula abierta de la Constitución Política del Estado (art. 13-II) y: *"...puede ser considerada como valor, garantía, derecho, y principio, y por lo mismo puede encontrar protección a través de la acción de amparo constitucional"*, cuestionándose además que si la demanda se la efectuó en vigencia de la anterior Constitución Política del Estado y cuando la jurisprudencia uniforme lo reconocía como derecho, en la revisión del actual Tribunal Constitucional no podía desconocerse esta calidad con una interpretación desfavorable al justiciable.
- En un criterio personal el razonamiento del pleno del Tribunal Constitucional es admisible en la medida en la que como se sostuvo en la SC 0375/2010-R, si bien la seguridad jurídica no es tutelable por el amparo constitucional lo puede ser: *"...a partir de la protección de los derechos y garantías invocados por el recurrente..."*, aunque el Tribunal Constitucional no llegó a establecer parámetros objetivos y claros para hacer revisiones e incluso concesiones excepcionales como sucedió en la SC 107/2010-R donde excepcionalmente se concedió la tutela por la vulneración del derecho a la seguridad jurídica pese a la existencia de la referida línea jurisprudencial.

### 3.5. La determinación del plazo razonable debe considerarse tomándose en cuenta los problemas estructurales de la justicia boliviana.

- El Tribunal Constitucional boliviano anterior se alejó de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sostuvo invariablemente que: *"...esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales..."* (caso Suárez Rosero vs. Ecuador sentencia de 12 de noviembre de 1997) pues en la SC 101/2004 y el AC 79/2004-ECA sostuvo que: *"...el juez o tribunal del proceso, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida*

la acción penal, cuando la dilación del proceso más allá del plazo máximo establecido sea atribuible al órgano judicial y/o, al Ministerio Público, bajo parámetros objetivos; no procediendo la extinción cuando la dilación del proceso sea atribuible a la conducta del imputado o procesado...” dejándose de lado al elemento referido a la complejidad del asunto como un parámetro objetivo que permita verificar el plazo razonable en un caso concreto.

- Por su parte, el actual Tribunal Constitucional en la SC 0551/2010-R estableció que: “...el transcurso del tiempo no es suficiente para viabilizar la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, porque como se mencionó precedentemente, no es el único elemento a analizarse para viabilizar esta petición, más al contrario, deberá verificarse que el proceso se hubiese desarrollado en condiciones normales y que la actuación negligente de las autoridades competentes sea atribuible únicamente a éstas, y no así al aparato judicial, por no dotar de condiciones mínimas para la prosecución de los procesos **como es la excesiva carga procesal y las constantes acefalías que se presentan en el órgano judicial**, aspectos que impiden a las autoridades jurisdiccionales concluir con la tramitación de las causas dentro de los plazos establecidos”.
- Respecto a este último razonamiento jurisprudencial en un criterio personal considero que en lugar de propugnar la solución a dichos problemas, pareciera colisionar con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al cargar las deficiencias estructurales del Órgano Judicial ordinarias sobre las espaldas del imputado y de la víctima que tienen el derecho a la resolución de un caso en un plazo razonable. Es decir que el actual razonamiento jurisprudencial pareciera que sólo tiene sentido cuando se trata de deficiencias estructurales en circunstancias excepcionales (guerras, desastres naturales, etc. que dejen inoperante al órgano Judicial) pero no para situaciones de normalidad donde corresponde a los órganos constituidos dar solución efectivas a este tipo de deficiencias conforme el art. 2 de la CADH que impone a los Estados el deber de: “...adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

### 3.6 La notificación con una conminatoria de pago en materia familiar debe ser personal cuando el abogado de la parte en cuestión otorgó pase profesional.

- En la SC 0210/2010-R correspondiente a un hábeas corpus ahora acción de libertad se sostuvo que el abogado del accionante en un proceso de asistencia familiar presentó pase profesional manifestando que ya no patrocinaría al accionante, pero luego se notificó al accionante con la conminatoria de pago del monto liquidado de asistencia familiar en el domicilio procesal

del abogado que presentó el pase profesional, para finalmente emitirse mandamiento de apremio en su contra, determinándose por la mayoría del Tribunal Constitucional que se vulneró el derecho a la libertad en la medida en la que se debió notificar al accionante de manera personal y no en el domicilio procesal de su anterior abogado.

- Los magistrados Ligia Mónica Velásquez Castaños y Ernesto Félix Mur fundaron sus votos disidentes indicando que el accionante conocía que debía cumplir la asistencia familiar y que conforme la normativa procesal civil (art. 101 del Código de Procedimiento Civil) aplicable a materia familiar tenía la obligación de señalar nuevo domicilio procesal y al no haberlo hecho no podía alegar su propia indefensión.
- Considero que toda interpretación al efectuarse en una realidad concreta debe reflejar la misma; en este sentido, se tiene que en Bolivia durante la práctica forense cotidiana, en materias sociales como lo son laboral o familiar algunos abogados de manera intencionada justo antes de que se libere el correspondiente mandamiento de apremio ya sea por falta de pago de asistencia familiar o de beneficios sociales, presentan en el correspondiente juzgado el pase profesional obstaculizando la efectivización de la medida compulsiva de cobro y obligando de esta manera a la parte demandante (beneficiaria de la asistencia familiar o al empleado acreedor) a tramitar notificaciones en domicilios reales o incluso erogar dinero en la publicación de edictos, lo que implica perjuicios por la demora en la ejecución de la sentencia, de forma que para encontrar un equilibrio entre los derechos controvertidos fuera de establecer que la valoración debe efectuarse en el caso concreto se debió impedir por parte del Tribunal Constitucional la presentación del pase profesional sin señalarse nuevo domicilio procesal cuando se esta cronológicamente cerca de librarse mandamiento de apremio.

#### 4. FALLOS ESPECIALMENTE PLAUSIBLES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El trabajo del Tribunal Constitucional durante la gestión 2010 tropezó con diferentes dificultades como ser las siguientes:

- La complejidad y extensión de la Constitución Política del Estado vigente hace difícil su interpretación, máxime cuando conforme el artículo 1 de la propia norma fundamental: *“Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”*, lo que evidencia la gran complejidad de la realidad boliviana traducida ahora en el régimen autonómico y la jurisdicción indígena originaria campesina.

- Asimismo, existen errores en el diseño de algunas acciones constitucionales, por ejemplo el habeas data ahora acción de protección de privacidad, en su diseño procesal no se diferencia del amparo constitucional, constituyéndose al presente en un amparo constitucional especializado que desde su incorporación al texto constitucional en el año 2004 no cuenta con un solo fallo favorable; o la acción de cumplimiento cuyo diseño legal tropieza con el amparo constitucional por omisión, entre otros aspectos que exigen gran esfuerzo interpretativo de parte del órgano de control de constitucionalidad.
- Por otra parte existe una gran cantidad de acciones tutelares que en otras geografías se han venido a denominar "amparitis" provocadas por una parte por la mala utilización de las acciones constitucionales por parte de abogados litigantes y por otra por el deficiente funcionamiento de las jurisdicciones ordinaria, indígena originaria campesina, agroambiental y especializadas cuya labor muchas veces es suplida por el Tribunal Constitucional.
- Se revisaron decisiones de jueces tutelares (amparo constitucional y habeas corpus -ahora acción de libertad- en su mayoría) que ya tenían fallos ejecutados por los jueces y tribunales tutelares, por lo que por el transcurso del tiempo y los derechos ya adquiridos de terceras personas no daba un espacio amplio de decisión a los magistrados del Tribunal Constitucional para revocar en revisión dichos fallos.

En este contexto y pese a las dificultades referidas tenemos que:

- Se modificaron con la correspondiente problematizaron muchas líneas jurisprudenciales existentes como las referidas en el punto 3 de este trabajo y otras (la imposibilidad de plantear un incidente de inconstitucionalidad en una acción tutelar AC 0322/2010-CA, la imposibilidad de plantear la extinción de la acción ante la Corte Suprema de Justicia -ahora Tribunal Supremo de Justicia- SC 1716/2010-R, la posibilidad de impugnar incidentes en un proceso penal SC 869/2010-R, entre otros).
- Con una interpretación *pro hómine* de la Constitución Política del Estado vigente, se amplió la procedencia del habeas corpus -ahora acción de libertad- contra particulares (SC 0174/2010-R) superando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional anterior (SC 581/2001-R) que no consideraba efectivo este recurso contra particulares, pero que sin duda vulneraba el principio de igualdad en el acceso a la justicia. Así por ejemplo, podía suceder que en los casos de enfermos hospitalizados impedidos de salir mientras no cubran lo que adeudaban, se tenía que en dos casos fácticamente semejantes se admitía uno por ser un hospital público o recibir dineros públicos (SC

0201/2004-R) y se rechazaba el otro por ser hospital privado (SC 1212/2005-R), sin siquiera en estos últimos casos remitirse antecedentes al Ministerio Público por el supuesto delito de privación de libertad.

- Se desarrollaron inicialmente el derecho al agua (SC 559/2010-R), el derecho a adquirir cultura (SC 1091/2010-R) y el derecho a la asistencia consular (SC 061/2010-R).
- Se moduló la jurisprudencia existente respecto a las mujeres embarazadas que les impelía a comunicar durante la relación laboral a sus empleadores respecto a su estado de gravidez (SC 771/2010-R), y se aclara respecto a mujeres consultoras en estado de gravidez quienes durante el tiempo de vigencia de sus contratos gozan de inamobilidad funcionaria (SC 993/1010-R).
- Se corrigió la línea jurisprudencial sostenida por el anterior Tribunal Constitucional (SC 0728/2007-R y otras) e incluso reiterada por los actuales magistrados (SC 0363/2010-R), respecto a anular obrados hasta que se proceda a la legal notificación con la demanda de amparo constitucional al tercero interesado, denegándose la tutela y aclarando la posibilidad del planteamiento de una nueva demanda de amparo constitucional por no haberse ingresado al fondo del asunto (SC 0363/2010-R y SC 0686/2010-R).

## 5. POSICION ESPECIALMENTE CRÍTICA A ALGUNOS FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

### 5.1. La no posibilidad de invocar dos causales de improcedencia excluyentes.

En algunos casos se denegó la tutela de un amparo constitucional alegándose subsidiariedad e inmediatez al mismo tiempo. Por ejemplo, en la SC 1331/2010-R la accionante era funcionaria de carrera del Servicio Nacional de Caminos en liquidación (SNC en liquidación) siendo destituida de su cargo no impugnó su memorándum de despido, puesto que el día de su destitución fue contratada a prueba por la Administradora Boliviana de Carreteras (ABC) en el mismo cargo que cumplía en el SNC en liquidación, pero luego fue destituida por memorándum que sí impugnó mediante recurso de revocatoria y jerárquico alegando gozar de inamobilidad funcionaria por ser servidora pública de carrera, sin embargo la decisión de desvinculación laboral fue confirmada. Posteriormente, la accionante planteó amparo constitucional contra la última resolución, denegándose la tutela con el argumento de que conociendo el primer memorándum debió agotar los recursos de revocatoria y jerárquico en contra del mismo, por lo que no cumplió con el principio de subsidiariedad y que desde dicho memorándum dejó transcurrir más de seis meses incumpliendo el plazo de inmediatez. En mi opinión, considero que las causales de subsidiariedad e inmediatez no deberían citarse conjuntamente,

pues el plazo de seis meses de inmediatez corre desde agotadas las instancias legales idóneas; es decir, de cumplido el requisito de subsidiariedad<sup>12</sup>.

En otro caso de habeas corpus -ahora acción de libertad- (SC 0134/2010-R), se alegó que al no haberse presentado apelación incidental contra la resolución de detención preventiva (subsidiariedad) hacía: “...*asumir como lógica consecuencia... que, el accionante estuvo conforme con la decisión, toda vez que no utilizó un recurso expedito en resguardo del derecho que invoca...*” (acto libremente consentido) cuando probablemente lo único que correspondía era denegar la tutela por parte del Tribunal Constitucional por el no agotamiento de las instancias previas al habeas corpus -ahora acción de libertad-, es decir alegando el principio de subsidiariedad.

## 5.2. Líneas jurisprudenciales que sumadas dan resultados no deseados y previstos.

Por otra parte, algunas líneas jurisprudenciales cuando se consideran de manera aislada e independiente son doctrinal y lógicamente perfectas, pero entrecruzadas y relacionadas **en un caso concreto** podrían generar diferentes distorsiones probablemente no queridas. Así por ejemplo puede considerarse las siguientes líneas jurisprudenciales:

- Un accionante que haya podido plantear un incidente de inconstitucionalidad no podía pedir que la decisión final se suspenda hasta que se dé la revisión por parte del Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional (SC 0435/2010-R) en virtud al AC 0321/2010-CA que modifica la jurisprudencia constitucional existente con efectos inmediatos y que establece que cuando en un proceso judicial o administrativo se plantea un incidente de inconstitucionalidad y es rechazado no se suspende la dictación de la resolución final, independientemente a la revisión de dicha decisión por parte de la Comisión de Admisión de Tribunal Constitucional que en su caso de encontrar inconstitucional la norma puede dejar sin efecto la referida resolución final del proceso judicial o administrativo.
- Dicha jurisprudencia puede sumarse a la contenida en el AC 0081/2010-CA que establece que debe rechazarse los incidentes de inconstitucionalidad fundados en la Constitución Política del Estado abrogada sin que se pueda entrar al fondo del asunto.
- Dicha jurisprudencia además puede sumarse a la contenida en el AC 0337/2010-CA que establece que no puede plantearse el incidente de inconstitucionalidad cuando se ha dictado la resolución final del proceso judicial o administrativo.

<sup>12</sup> En igual sentido se tiene a la SC 0185/2010-R.

Es decir es posible que un ciudadano pudo haber planteado un incidente de inconstitucionalidad en un proceso judicial o administrativo que se rechazó mucho después sin entrar al fondo del asunto por fundamentarse en la Constitución Política del Estado abrogada (AC 0081/2010-CA), y sin que durante el proceso haya podido solicitar la suspensión de la dictación de la resolución final del proceso judicial o administrativo (AC 0321/2010-CA) y ahora estaría impedido de plantear nuevamente el incidente de inconstitucionalidad por la imposibilidad de plantear en ejecución de sentencia dicho incidente (AC 0337/2010-CA). En un criterio particular considero que en estos casos el Tribunal Constitucional debió dejar sentado que excepcionalmente para estos casos se podría plantear el incidente de inconstitucionalidad en ejecución de sentencia fundamentando en la Constitución Política del Estado vigente pudiéndose en su caso dejar sin efecto la resolución que dependía de la norma impugnada y supuestamente inconstitucional.

### 5.3. Dificil manejo adecuado de la jurisprudencia.

Al igual que sucede en casi todos los tribunales y cortes constitucionales del mundo, es difícil el manejo de la ingente cantidad de sentencias constitucionales existentes, máxime cuando en Bolivia no existe el *certiorari*, y el anterior Tribunal Constitucional dejó jurisprudencia muchas veces contradictoria y no sistematizada, problema con el que tropieza el actual Tribunal Constitucional, como por ejemplo:

- En desistimientos y retiros de acciones de control constitucional (acción abstracta e incidentes de inconstitucionalidad principalmente), se citó constantemente jurisprudencia de amparos constitucionales sin precisar las diferencias existentes entre dichas acciones constitucionales (AC 0269/2010-CA-BIS).
- En el fallo SC 0956/2010-R conforme lo hizo notar el voto disidente del magistrado Marco Antonio Baldivieso Jinés, no se estableció con claridad si la invocación de la Ley 007 es parte de la *ratio decidendi* o *una obiter dicta*.
- En casos referidos a fiscales que supuestamente habrían usurpado funciones para la denegatoria se invocó la SC 0099/2010-R como vinculante cuando la misma refiere a la modulación del juez natural diferenciando al juez imparcial e independiente que es protegido por el amparo constitucional y al juez natural competente protegido por el Recurso Directo de Nulidad de forma que su invocación resultaba impertinente (SC 1131/2010-R, SC 1162/2010-R).

## 6. CONCLUSIONES.

- El Tribunal Constitucional durante la gestión 2010 revisó más de 2000 causas planteadas en la vigencia de la Constitución Política del Estado abrogada y

probablemente la primera tarea del Tribunal Constitucional debió ser el fortalecimiento de la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional para desechar *in límine* las causas que habían perdido su objeto procesal, y por tanto no correspondía su análisis y resolución, pues esto habría permitido la descongestión procesal y la concentración en casos que requieren mayor fundamentación; de tal forma, que la gestión procesal de preferencia a la calidad más que a la cantidad de causas resueltas.

- La primera sentencia constitucional a efectos del resguardo del principio de seguridad jurídica entendida como *“una condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran, representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de las autoridades pueda causarles perjuicio”* (SC 100/2005-R), probablemente debió establecer con claridad los supuestos en los cuales la jurisprudencia del Tribunal Constitucional anterior dejó de tener vigencia y los parámetros del cambio y modulación de las nuevas líneas constitucionales en el tiempo, espacio y materia.
- Como todo Tribunal o Corte Constitucional del mundo el Tribunal Constitucional boliviano cuenta con fallos indudablemente progresivos así como otros controversiales; sin embargo, dichos fallos deben ser ampliamente debatidos pues sólo así se logrará el efecto pedagógico que buscan, su encarnación popular y en su defecto el cambio de jurisprudencia por lo que humildemente espero que el presente trabajo aporte en algo al referido debate y sirva para difundir al interior como fuera de Bolivia el estado de la jurisprudencia en Bolivia.



## **7. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.**

- Arias,B. Teoría Constitucional y Nueva Constitución Política del Estado. Editorial San José. La Paz – Bolivia. 2010.
- Constitución Política del Estado de Bolivia, Gaceta Oficial de Bolivia. febrero de 2009.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- <http://www.corteidh.or.cr/>
- [www.tribunalconstitucional.gob.bo](http://www.tribunalconstitucional.gob.bo)

SIGNIFICADO Y APORTES DE LA CONSTITUCIÓN  
DE CÁDIZ DE 1812 EN EL CONSTITUCIONALISMO  
ESPAÑOL E IBEROAMERICANO.

MEANING AND CONTRUBUTIONS OF THE CONSTITUTION  
OF CADIZ OF 1812 TO THE SPANISH AND LATIN AMERICAN  
CONSTITUTIONALISM

*Rev. boliv. de derecho n° 12, julio 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 90-117*



Marcos F.  
MASSO  
GARROTE

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 17 de enero de 2011

**ARTÍCULO APROBADO:** 24 de enero de 2011

**RESUMEN:** El presente artículo tiene como objeto el estudio e influencia que tuvo la constitución de 1812, la carta magna del liberalismo español y de todo el continente iberoamericano. la aportación fundamental del estado constitucionalismo moderno, en donde se analiza no sólo su marco jurídico sino el contexto histórico e intelectual en que tuvo lugar la aparición del texto constitucional. la constitución de 1812 es no sólo el exponente más brillante del liberalismo español sino que constituye la expresión y el instrumento más consolidado -aunque no el único- del primer intento de realización de la revolución burguesa en España e Iberoamérica.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución de Cádiz de 1812, liberalismo español, historia constitucional española, constitucionalismo latinoamericano.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to study the influence of the Constitution of 1812, which is the magna charta of Spanish and Latin American liberalism. This was the main Spanish contribution to modern constitutionalism. Its analysis includes not only its legal text itself but also its historic and intellectual context. The Constitution of 1812 is not only the most brilliant exponent of the Spanish liberalism but also it is the most consolidated expression of the first attempt to accomplish a bourgeois revolution in Spain and Latin America.

**KEY WORDS:** Constitution of Cadiz of 1812, Spanish liberalism, Spanish constitutional history, Latin American constitutionalism.

**SUMARIO:** I. EL CONTEXTO HISTÓRICO SOCIAL E INTELECTUAL DE LA CRISIS DEL ANTIGUO RÉGIMEN: II. LA GUERRA DE LA INDEPENDENCIA Y SUS CONSECUENCIAS. III. EL PRECEDENTE Y SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIÓN DE BAYONA. IV. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ. A. EL MARCO POLÍTICO HISTÓRICO EN ESPAÑA E IBEROAMÉRICA. B. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES C. LA FORMA DE GOBIERNO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1812 I. Los Órganos Constitucionales. a. Las Cortes b. El Rey c. Los Ministros D. LA PARTE DOGMÁTICA: Los derechos individuales E. Valoración y originalidad del texto constitucional en la historia del derecho público español.

---

## I. EL CONTEXTO HISTÓRICO SOCIAL E INTELECTUAL DE LA CRISIS DEL ANTIGUO RÉGIMEN.

La comprensión de la Constitución de 1812, la carta magna del liberalismo español, nuestra aportación fundamental quizás con el modelo regional-autonómico de organización del estado constitucionalismo, requiere en primer lugar una atención al contexto histórico e intelectual en que tuvo lugar la aparición del texto constitucional. La referencia contextual, que sin duda es una exigencia metodológica del estudio de cualquier material intelectual.

La constitución de 1812 es no sólo el exponente más brillante del liberalismo español sino que constituye la expresión y el instrumento más consolidado -aunque no el único- del primer intento de realización de la revolución burguesa en España. La constitución gaditana aspira a la sustitución de la planta jurídico-política del antiguo régimen. La crisis del antiguo régimen se manifiesta en España sonoramente en la guerra de la Independencia. Su quiebra, podríamos decir gráficamente, coincide con la propia decadencia moral y política de sus últimos monarcas, que engañados por Napoleón renuncian en favor de un Bonaparte a sus derechos sobre el trono español. Al tiempo se produce el derrumbamiento burocrático del sistema, pues las autoridades constituidas militar, eclesiástica, judicial y administrativa, capitulan y colaboran, exhortando al pueblo a que se someta. Como señalan SOLETURA y AJA, a pesar de los ilustrados al finalizar el siglo XVIII, el Estado existente en España responde a los de una Monarquía absoluta: todo el poder político corresponde nominalmente al Monarca<sup>1</sup>.

---

1 SOLETURA, J, y AJA, E., *Constituciones y periodos Constituyentes en España (1808-1936)*, Madrid, 1977, pp.36 y ss.

• Marcos Francisco Masso Garrote

Prof. Dr. Titular de Derecho Constitucional de la UCLM.

En realidad el cuerpo social del antiguo régimen disfrutaba de una salud precaria. Se trataba de una sociedad de estructura estamental, basada en la agricultura que se encontraba dominada por las clases privilegiadas, con una industria en régimen de producción artesanal, muy fragmentada y orientada exclusivamente a satisfacer las necesidades rurales.

El resultado, en lo social, era una especie de feudalismo tardío, en que la nobleza, poseedora juntamente con la Iglesia y el Rey del 80% de las tierras, ejercía en los lugares de señorío, más de la mitad de los existentes-funciones judiciales y administrativas y nombraba en ellos alcaldes y corregidores, jueces y escribanos<sup>2</sup>. Estos privilegios de carácter feudal permanecen hasta las Cortes de Cádiz, en contraste con Francia o Inglaterra donde, desde el siglo XVII, la aristocracia había tenido que ceder a los funcionarios de la Corona -comisarios, intendentes, etc.- sus funciones judiciales y administrativas, y toda clase de poderes feudales, no conservando más que la propiedad y la exención de impuestos.

En lo económico la explotación estamental de la tierra se caracteriza por su irracionalidad, al hallarse sustraída en buena parte al mercado libre y sometida a un régimen de explotación indirecta, de modo que el dueño recibe la renta de sus arrendatarios que no invierte en mejoras sino en el consumo y la ostentación<sup>3</sup>. Junto a ello, la armada británica impidió la mayor parte del comercio entre España y América. Las guerras como muy recoge HERR, fueron un desastre fiscal para la Corona, que perdió tanto las remesas americanas como las tasas aduaneras<sup>4</sup>.

Un tan estrecho corsé: predominio de la realidad agraria, cerrazón ideológico-religioso, estancamiento y autosuficiencia económica, no podía satisfacer a la clase mercantil, a la incipiente burguesía comercial -industrial de la periferia, ni tampoco a una burocracia que se veía impotente y sin un reconocimiento suficiente como sector social y contemplaba la pobreza general de la sociedad.

Es precisamente en estos sectores, especialmente en el de la burocracia, donde la Ilustración española encontrará sus alternativas y su público, cuya actividad consiste en la crítica, de aspiración y alcance limitados, y en la propuesta de sus correspondientes alternativas, de la sociedad de su tiempo.

La Ilustración española no puede ser explicada como un movimiento imitador de lo francés ni como un proyecto intelectual -al que se llega en un proceso de

2 Como recoge MERINO MERCHÁN, 20 ciudades e innumerables villas estaban sometidos a la jurisdicción de los señores y al patrocinio eclesiástico de los órdenes. MERINO MERCHÁN, J.F., *Regímenes Históricos Españoles*, Ed. Tecnos, 1988, pp.20 y 21. Tal como y recoge GONZALO ANES en su obra *Economía e Ilustración en España, los ilustrados del momento* como CARRABÚS o JOVELLANOS, denuncian la forma de la distribución de la tierra como causas de la secular pobreza española e impedimento fundamental para su desarrollo., GONZALO, A. *Economía e Ilustración en la España del siglo XVIII*, Barcelona, 1969.

3 GONZALO, A., Ob. Cit. p.34.

4 HERR, R. *Flujo y Reflujo, 1700-1833*, en *Historia de España*, Ed. Atalaya, 2001, p.191.

madurez exclusivo y autónomo del pensamiento. Por el contrario, se trata de una formulación ideológica, esto es, responde a determinados intereses, que pretende la racionalización dentro de ciertos límites de la sociedad del XVIII para intensificar su producción económica.

El reformismo ilustrado tiene pues unos objetivos claros: la modernización económica y social de la sociedad en torno al cual se produce un importante acuerdo entre diversas clases sociales y como consecuencia de unos fenómenos de coyuntura generados por un auge demográfico que catalizará todo el sistema económico y unos límites también claros que acaban entrando en contradicción con aquellos y que explicará el fracaso del reformismo ilustrado, que no dejará de ser una ideología "flotante", y la agravación de la situación general de la sociedad del antiguo régimen. El reformismo ilustrado, en efecto, no pretendió nunca seriamente afectar ni a los valores, ni al sistema de estratificación estamental de la sociedad del XVIII.

Las propuestas racionalizadoras de la ilustración afectan bien a la infraestructura artesanal y agraria de la sociedad procurando el incremento de la población, realizando la apología del trabajo, la promoción de los haberes útiles, la crítica de los gremios; a la constitución del mercado nacional unificado reclamando proteccionismo exterior y libertad de circulación en el interior; a la reforma del sistema fiscal en un sentido de unidad, simplicidad y proporcionalidad, concibiendo al monarca como el instrumento general de la reforma.

El carácter inducido de la reforma que se realiza para el pueblo pero sin él es debido tanto a razones de fondo: carácter conservador de la reforma y timidez de la reforma; cuanto a razones tácticas: sólo la alianza con la corona tenía visos de dominar la influencia social, económica e ideológica de la Iglesia.

La crítica de la Ilustración contribuyó poderosamente a patentizar la situación de la sociedad del antiguo régimen, contribuyendo, a pesar de su insuficiencia, a agudizar sus contradicciones.

Determinados ataques parciales y limitados, como los dirigidos a la Iglesia o a los gremios, a pesar de su acotamiento, acababan por afectar al edificio total del régimen, cuyos cimientos no se intentaban cuestionar. Algunos autores como ha mostrado la lúcida monografía de Antonio ELORZA, componente de lo que podríamos llamar la Ilustración tardía, -Larraquibar, Cañuelo, Arroyal, acabaron superando el horizonte intelectual de la propia Ilustración y defendieron la división de poderes frente al absolutismo, el individualismo, la secularización, el abstencionismo legal frente al intervencionismo y concibieron el origen contractual de la sociedad no como un pacto de sujeción sino de cesión limitada de la soberanía.

La difícil situación del antiguo régimen se acentúa en el reinado de Carlos IV en el que coincide el "despotismo ministerial de Godoy que invalida la implantación estratégica de la reforma, y los ecos destructores de la revolución francesa, añadiéndose también la depresión económica de 1804-1806 que genera desequilibrio social y profundo malestar y la política exterior de Carlos IV, a la cual se achacaba, sobre todo en Cataluña, la ruina del comercio por la guerra contra Inglaterra y la bancarrota de las fortunas particulares por la inflación de los vales reales. Las medidas draconianas de Carlos IV, alentadas por Godoy, tendentes a eliminar cualquier vestigio de las incipientes reformas ilustradas, se activa la inquisición, se clausuran periódicos y se prohíben las obras del pensamiento crítico del siglo XVIII (Rousseau, Voltaire y Montesquieu); estas medidas lejos de consolidar la monarquía absoluta de Carlos IV, puso en evidencia la propia fragilidad y contradicción del sistema al tener que recurrir en política internacional a la alianza con Francia, de cuyo peligro ideológico de contaminación, precisamente se quería huir<sup>5</sup>.

Es en efecto, a nuestro juicio, en este marco de profunda crisis del sistema del antiguo régimen donde debe situarse la Guerra de la Independencia, escenario en que surge nuestra primera constitución verdadera.

## II. LA GUERRA DE LA INDEPENDENCIA Y SUS CONSECUENCIAS.

La Constitución de Cádiz, ciertamente, es el principal producto de la guerra de la Independencia, pero desde luego no es su único resultado. Son muchos los aspectos de ella que supusieron innovaciones históricas de gran interés, de modo que su trascendencia y no sólo desde el punto de vista español, difícilmente puede ignorarse.

La primera cuestión afecta al propio significado global de la guerra ¿se trató exclusivamente de una experiencia bélica, de la primera gran guerra nacional, una explosión de patriotismo anti francés, o fue el marco de un intento revolucionario de cambio del modelo social y político de un país? Sin duda como ha llegado a admitir la totalidad de la doctrina histórica, bajo el lema Dios, Patria, Rey que presidió este alzamiento no es difícil desentrañar el deseo de aprovechar aquella oportunidad para dar al Estado una orientación nueva.

La sacudida popular había sido tan intensa que el reformismo político y social se convirtió necesariamente en uno de los objetivos principales de la lucha, al lado del palmario deseo de conservar la independencia de España.

El pueblo luchaba por unos ideales concretos y primarios: su casa, la religión de sus mayores; la patria y el rey destronado. Pero sería un craso error ignorar el fermento de renovación social. En los primeros tiempos del movimiento era muy fácil que se llamara "afrancesado" a los principales contribuyentes de una localidad.

5 MERINO MERCHÁN, J.F., Ob.Cit.p.21.

Con todo las dimensiones sociales y revolucionarias de la guerra no deben exagerarse. El pueblo, superadas las primeras --reacciones --como recuerda CARR-, acaba poniéndose detrás de sus -líderes "naturales" los prohombres de la pequeña nobleza y de la burguesía que encabezan las Juntas<sup>6</sup>.

Otro segundo aspecto importante de la Guerra de la Independencia se refiere a las innovaciones bélicas que la misma presenta y sobre las que se han extendido con algún detalle los profesores, JOVER<sup>7</sup> y ARTOLA<sup>8</sup>: la denota de las tropas francesas, teóricamente muy superiores a los contingentes españoles, fue debida al característico modo español de conducir la guerra: la guerrilla. Se trataba, actuando con la ayuda del paisanaje, de forzar la dispersión y el desgate de la ocupación a las fuerzas francesas, debilitando así su fuerza efectiva. La guerrilla española constituyó la primera aparición histórica de lo que hoy se llama guerra revolucionaria.

La guerrilla, como ha descrito el Prof. JOVER, fue, ante todo, como la agricultura y la ganadería, un género de vida que, bajo nombres distintos, partidas nacionales contra las francesas; -partidas absolutistas durante el trienio liberal 1820-1823; partidas carlistas durante la guerra civil de los Siete Años 1833 -1840, practica una parte considerable del pueblo español durante/ casi todo el siglo XIX<sup>9</sup>.

Otro aspecto importante de la guerra de la Independencia y que ha sido destacado por CARR es el de que supuso la intromisión de los militares en la política. La guerra de la Independencia legó para el futuro un ejercicio hipertrofiado, aunque democrático, que buscará en la intervención política no sólo una salida a su ocio, sino el modo de conseguir un ascenso profesional. De otro lado durante la misma, se fraguará una oposición gobernantes ejército que tampoco nos abandonará en nuestra historia contemporánea, fueron, en efecto, generales como Palafox y Romana, los primeros de una larga serie que afirmaron que los oficiales del Ejército encarnaban la voluntad de la nación, trastocada por una camarilla egoísta de políticos impopulares. De modo que, en efecto, a lo largo de la guerra nunca cesaron los rumores de un golpe de mano militar contra los civiles ineptos.

El profesor JOVER a la hora de hacer un balance de la significación global de la guerra de la Independencia, y junto con las consecuencias económicas, sobre las que llamara la atención VICENS: destrucciones masivas, emancipación americana, e interrupción de las remesas de plata, confusiónismo monetario, ha llamado magistralmente la atención sobre su incidencia en la cultura política de los españoles. Produjo indudablemente una cierta habituación a la suplantación de la ciudadanía activa por las soluciones de fuerza, lo que supuso en el campo de la ética individual

6 CARR, R., *España, 1808-1939*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.

7 JOVER, J.M., *El siglo XIX en España: doce estudios*, Madrid, 1974, p.37.

8 ARTOLA, M., *Los orígenes de la España Contemporánea*, Madrid. 1975.

9 JOVER, J.M., *Ob.Cit.* p.45.



y social un menosprecio por la vida humana, ya fuera propia o ajena, que lo mismo conducirá a ejemplos admirables de heroísmo y sacrificio que a inalicables actos de barbarie escudados en el servicio de nobles causas. Esta familiaridad del español con la violencia como medio ideal para dirimir los conflictos que no nos abandonará ya.

### III. EL PRECEDENTE Y SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIÓN DE BAYONA.

La Constitución de Bayona es considerada, un producto de la guerra de la Independencia, primera ley fundamental de nuestro constitucionalismo y que estimuló sin lugar a dudas la voluntad constituyente de la España en armas. Se trata de un estatuto otorgado por José I a pesar de que se presenta en el preámbulo con una fórmula pactada. Su autor efectivo era Napoleón, que combinó instituciones tradicionales francesas con sus propios Senados-Consultos y los estatutos de Nápoles y Holanda. Un conjunto de notables afrancesados convocados en Bayona, unos 65, el Consejo de Castilla y la Junta de Gobierno hicieron sugerencias al proyecto de Napoleón y evitaron, que en el estatuto se impusiera el Código francés o se restringiese el desarrollo de las órdenes religiosas, logrando importantes atribuciones presupuestarias para las Cortes.

La Carta fue promulgada el 6 de julio de 1808 pero su legitimidad fue más que dudosa y su existencia estuvo cuestionada constantemente por el estado de insurrección y guerra abierta entre los bonapartistas y el pueblo español, quien no acabó de aceptar la entronización operada por el corso en su hermano José I. La estructura formal de este texto es mas bien extensa, 146 artículos pero como ha señalado entre nosotros TORRES DEL MORAL un texto cuya redacción está poco cuidado en su estilo, con alusiones constantes a la lealtad hacia Napoleón con innecesarias reiteraciones e imprecisiones<sup>10</sup>.

El objetivo del proyecto era tanto legitimar la nueva dinastía cuanto establecer un instrumento para la reforma de la gobernación del Estado. Se instituye, un sistema de tres cuerpos con intervención en la legislación. Las Cortes con tres estamentos intervendrían en la aprobación de los presupuestos y materias importantes, serían convocadas y disueltas por la Corona y habrían de tener una reunión obligada cada tres años y sus sesiones serían materia secreta. El Senado cuya función es la protección personal y de imprenta, se traba de una cámara dotada de la atribución de suspender la Constitución a petición del Rey y, en tener lugar, Consejo de Estado con una función informadora de los proyectos de ley y atribuciones en la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> TORRES DEL MORAL, A., *Constitucionalismo Histórico Español*, Ed. Átomo, Madrid, 1991, pp.28 y 29.

<sup>11</sup> Sobre la organización con más detalle del régimen político del Estatuto de Bayona, véase, MERINO MERCHÁN, J.F., *Ob.cit.* pp.28 a 34 y GONZALEZ ARES, J.A., *Introducción al Estudio del Constitucionalismo Español*, Ed. Tórculos, 1998, pp.29 a 34.

En realidad estos cuerpos se limitaban a actuar de registro de la voluntad de la Corona, centro y resorte, como resalta su máximo estudioso SANZ CID, de todo el sistema<sup>12</sup>. La contribución más importante que de haberse aplicado verdaderamente la Constitución hubiese supuesto una profunda transformación de la organización social y política consistía en la introducción tímida de algunos principios liberales, inéditos en España, como el habeas corpus, la inviolabilidad domiciliaria, igualdad ante la ley, y la abolición del tormento; y en la propuesta de un programa de reformas como la unidad de códigos, consolidación de la deuda pública; supresión de aduanas interiores y los privilegios de exportación e importación de las colonias; separación del tesoro público de la Corona; reducción de los mayorazgos a ciertos límites; revisión de los Fueros de las Vascongadas<sup>13</sup>. Como señala ARTOLA<sup>14</sup>, la implantación del régimen constitucional se haría de manera progresiva señalándose un plazo de cuatro años largos para su realización y sólo dos años más tarde se llegaría a la libertad de imprenta, concesión que aparece como la coronación del edificio.

También como recoge el Título X del Estatuto se contempló que los reinos y provincias de América gozaban de los mismos derechos que la metrópoli, tendrían libertad de toda especie de cultivo e industria y facultades para el comercio recíproco entre los reinos y provincias entre sí y con la metrópoli<sup>15</sup>.

La labor de instauración de un régimen liberal burgués fue llevada a cabo en su aspecto jurídico-institucional fundamentalmente por la Constitución de 1812, pero ésta fue precedida por una importante actividad legislativa de las Cortes de Cádiz de liquidación de los fundamentos económicos y jurídicos en que se asentaba la vieja sociedad estamental, cuya transcendencia revolucionaria no debe exagerarse, al menos en un sentido material, como han puesto de relieve, entre otros, los profesores ARTOLA<sup>16</sup> y MERINO MERCHÁN<sup>17</sup>, pues la alteración que sufrió la propiedad solo afectó a su cualificación jurídica. Como se ha señalado por estos mismos autores el Estatuto de Bayona es superior a algunos textos constitucionales españoles posteriores. En este orden de cosas, la propia Constitución preveía su

12 SANZ CID, F., *La Constitución de Bayona*, Madrid, 1922.

13 TORRES DEL MORAL, A., *Ob.Cit.* p.32. Como viene a recordar MERINO MERCHÁN, se introducen importantes y hasta ahora desconocidas novedades en el orden socio económico: libertad de industria y comercio (arts. 88 y 89) limitando extraordinariamente el poder de la nobleza frente a la nueva clase burguesa a través de preceptos concretos: disminución de los fideicomisos, mayorazgos y sustituciones (art. 135 y ss), la igualdad de contribuciones (arts. 117 y 118) y la eliminación de las discriminaciones existentes hasta entonces contra la burguesía para acceder a determinados empleos civiles, militares y eclesiásticos (art. 140). MARINO MERCHÁN, J.F., *Ob. Cit.* pp.26 y 27.

14 ARTOLA, M., *Ob.cit.*p.67.

15 Como ha explicado muy bien LUCENA la igualdad entre los reinos y provincias americanos con la metrópoli porque su concurso era imprescindible para continuar la resistencia ante el invasor francés a partir de un patriotismo atlántico compartido. LUCENA GIRALDO, M., *Naciones de Rebeldes*, Ed. Taurus, 2010, p. 137

16 Como ha señalado ARTOLA el programa de reformas previsto hubiera significado una profunda transformación de la organización social, por lo que, desde el primer momento, obtuvo el apoyo de intelectuales de la época. ARTOLA, M., *Ob.Cit.* pp.87 y ss

17 Con ello se rompe por primera vez en la historia constitucional española los moldes del antiguo régimen, limitándose el poder del rey mediante la existencia de unos derechos mínimos del ciudadano que contaban además con un sistema de garantías. MERINO MARCHÁN, J.F., *Ob.Cit.*p.34.

ejecución de forma sucesiva y gradual de manera que su aplicación completa fuese antes de uno de enero del 1813. En concreto:

La ley del 6 de Agosto de 1811 viene a abolir las supervivencias del régimen señorial en el campo al suprimir los señoríos jurisdiccionales y abolir todo privilegio señorial exclusivo, privativo o prohibitivo. Esta ley sería completada dos años más tarde por otra ley que suprimiría los mayorazgos inferiores a tres mil ducados de renta anual.

En el decreto XXXI de 9 de febrero del 1811 se produce la gran victoria de la posición americana en el transcurso de los debates sobre la libertad de imprenta, la derogación de la inquisición y del tributo indígena y la prohibición de vejaciones a los indios primitivos. En el mismo decreto, se declaró que criollos, mestizo e indios podían acceder e paridad con los peninsulares a instituciones civiles, eclesiásticas y militares.

El decreto del 17 de Junio de 1812 inicia tímidamente el proceso de desamortización eclesiástica, disponiendo la enajenación de los bienes de las comunidades religiosas extinguidas o reformadas por el gobierno de José I.

El decreto del 4 de Enero de 1813 dispone la parcelación y subsiguiente reducción a la propiedad individual plena y acotada, de los terrenos propios, realengos o baldíos, con excepción de los ejidos de los pueblos; teniendo en cuenta la situación creada por la guerra, se disponía que sólo la mitad de estas tierras fuera.

## **IV. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.**

### **A. EL MARCO POLÍTICO HISTÓRICO EN ESPAÑA E IBEROAMÉRICA.**

El estudio de la Constitución de 1812, tras una breve introducción que recuerde los datos fundamentales de su génesis histórica y la actuación del poder constituyente, debe abordar las innovaciones esenciales que supuso en el terreno de los principios, la descripción de sus órganos constitucionales; e intentar aclarar su significación en la historia del derecho público español, cuestión íntimamente relacionada con su originalidad y la procedencia de sus fuentes ideológicas. Algo debe decirse sobre su significado global político, esto es pronunciarse sobre su adecuación o inadecuación a las necesidades de la España política de su tiempo; y finalmente señalar la precariedad de su existencia.

Las Cortes de Cádiz -Cortes generales y extraordinarias-fueron convocadas el 29 de Enero de 1810 por la Junta Central Suprema, que se había constituido por acuerdo de las diversas juntas provinciales y locales. El propósito no fue sólo atender a las necesidades de la guerra, sino proceder a la reforma de la organización política del reino y según el primitivo plan las Cortes estarían compuestas de dos

estamentos uno popular y otro de dignidades de modo que se conservase la estructura sustancial de las Cortes del Antiguo Régimen.

Las elecciones se celebraron en el verano de 1810 en las provincias no ocupadas por los franceses, mediante sufragio ejercido por los mayores de 25 años avecindados en un distrito electoral y que tenían en él casa abierta.

La reunión de las Cortes tuvo lugar finalmente en una sola Cámara, a convocatoria de la Regencia, que había sustituido por inoperante y estar escindida ideológicamente, a la Junta. Las Cortes se reunieron en la Isla de León que después sería San Fernando- el día 24 de Septiembre de 1810: en ese mismo día se emite su primer Decreto en que se reconocen lo que serán los tres principios medulares de la futura Constitución: La soberanía nacional, la división de poderes y el nuevo carácter de la representación.

La obra de las Cortes se comprende mejor prestando atención al carácter cosmopolita, comercial y abierto de Cádiz, por cuya bahía, como recuerda TOMAS Y VALIENTE haciéndose eco del famoso libro de SOLIS, "entraron en España hombres, libros e ideas liberales"<sup>18</sup>; y al propio carácter de los integrantes de la Asamblea constituyentes, pertenecientes al estado llano o a lo que SANCHEZ AGESTA<sup>19</sup> llama burguesía intelectual formada según el recuento de FERNANDEZ ALMAGRO por 97 eclesiásticos, 60 abogados, 55 funcionarios, 37 militares, 16 catedráticos, más comerciantes, escritores, títulos y nobles del reino, hasta 43 individuos más. 60 de ellos fueron americanos del nuevo mundo. Nació, por lo tanto, el parlamentarismo de la Monarquía española con un componente marcadamente hispano, entendido este término por la convocatoria de peninsulares y americanos<sup>20</sup>. Pero también como advierten CHUST y FRASQUET<sup>21</sup> se iniciaba la otra vía política y parlamentaria alternativa a la insurgencia y al colonialismo del antiguo Régimen.

La mayor parte de las provincias de Nueva España, incluida Centroamérica, Cuba, Puerto Rico, Filipinas, Perú, el reino de Quito y la Banda oriental, apostaron en esa fase por una vía intermedia como fue el liberalismo gaditano<sup>22</sup>. Querían reformas, eran Monárquicos, pero no absolutistas, por lo que desde esa perspectiva,

18 TOMAS y VALIENTE, F<sup>o</sup>., Obras completas Vol.II donde se recoge su *Manual de Historia del Derecho Español*, Editado por el CEC, Madrid, p.1369 y ss. También su artículo "Notas para una nueva historia del Constitucionalismo español" en *Sistema*, n°17-18, 1977, pp.71-88 y su artículo "Génesis de la Constitución de 1812 y de muchas leyes fundamentales a una sola Constitución", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, n°65, Madrid, 1995, pp.17 y ss.

19 Señala SANCHEZ AGESTA como el proceso supone la ruptura con la continuidad de las de las instituciones acusado sobre su propio vacío institucional. Y para comprender este proceso, si bien es cierto que no se dirigió contra la Monarquía se realizó sin la Monarquía. SANCHEZ AGESTA, L., *Historia del Constitucionalismo Español*, Ed.IEP, Madrid, 1974, pp. 53 y ss.

20 FERNANDEZ ALMAGRO, M., *Orígenes del régimen constitucional en España*, Ed. Labor, 1976, p.34. Sobre la composición tendencias ideológicas puede consultarse la obra de MERINO MERCHÁN, J.F. Ob.cit.p.40

21 CHUST, M, y FRASQUET, I., *Las independencias de América*, Ed. Catarata, p.59

22 Sobre la participación del proceso constituyente de las provincias americanas en Cádiz ver ampliamente el ensayo de LUCENA GIRALDO, M., Ob.Cit..pp.137 y 138.

el término realista en este periodo, pues no significaba necesariamente ser partidario del Antiguo Régimen, ni tampoco español, ya que muchos criollos estaban inmersos en esta propuesta posibilista y viable<sup>23</sup>. No obstante, las provincias del Río de la Plata, Chile, Paraguay, gran parte de Nueva Granada y parte de Venezuela, desconocieron la vía liberal autonomista americana que se estaba planeando en Cádiz. Y aquí la lucha se volvió no sólo armada sino sobre todo ideológica y política, dado que muchos de los decretos y medidas que la insurgencia planteaba serán también propuestos, y en muchas ocasiones asumidos, por los liberales gaditanos de “ambos hemisferios” y viceversa. Lejos de ser compartimentos estancos, ambas vías estaban interrelacionadas en muchas ocasiones por los mismos actores que, según la coyuntura y circunstancias, se situaban en una u otra posición, tenían amigos y enemigos dentro y fuera, siendo partidarios de determinadas medidas y estando en contra al mismo de otras. De esta forma la censura en 1810 será doble: por una parte los territorios insurreccionados; por otra, los antiguos virreinos —novohispano y peruano— que se mantuvieron dentro de la Monarquía, que ahora era parlamentaria y que en 1812 será también constitucional<sup>24</sup>.

El proyecto de constitución fue elaborado por una Comisión y la discusión del pleno duró desde Agosto de 1811 hasta Febrero de 1812. La discusión del texto del proyecto no se realizó en sesiones enteras y continuadas, sino alternando este tema con otros de carácter político, militar o de legislación ordinarias, lo cual explica la larga duración del debate, que, en cualquier caso, no supuso una alteración sustancial del proyecto. En sesión solemne del 19 de Marzo de 1812 se procedió al juramento y promulgación en las Cortes.

Destacaron, entre otros muchos, en la discusión, ARGUELLES, MUÑOZ TORRERO, CALATRAVA, BORULL y el Conde de TORENO.

## B. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Los principios fundamentales que caracterizan el texto de Cádiz son los siguientes:

Se trata de una verdadera constitución, de un texto articulado que intenta la regulación sistemática de la vida del estado y de sus relaciones con los ciudadanos. No se trata de una mera recopilación o puesta al día de la legislación anterior sino de la voluntad de fundar un nuevo sistema político, cuyas pautas fundamentales se establecen en el texto constitucional.

23 No solo los naturales de los distintos territorios, sino que además los indios y mestizos pudieron votar y ser votados como diputados a las Cortes. En principio, sobre el papel, sólo los descendientes de africanos quedaron excluidos hasta que obtuvieran carta de ciudadanía, “por la puerta de la virtud y del merecimiento, los que hayan hecho servicios eminentes de la patria, o los que se distingan por sus talentos, su aplicación y su conducta”. Vid. LUCENA GIRALDO, M., Ob.Cit.p.142

24 CHUST, M., y FRASQUET, I. Ob.Cit.p.60

Desde esta perspectiva -que es la que nosotros identificamos con la idea racional-normativa de constitución- se comprende la conexión de nuestro texto con las pretensiones ilustradas de someter a razón, también, la vida política, y algunas de sus características como son el carácter popular del poder constituyente: la constitución de Cádiz es un texto democrático no antimonárquico, como veremos, que se hizo sin la colaboración de la Corona y que, como señala VILLARROYA<sup>25</sup>, será impuesta al monarca en dos ocasiones ( En 1820 y de nuevo en 1836). La novedad del carácter democrático contrasta con la fundamentación absolutista de nuestro anterior sistema político, y ello resalta en el momento del establecimiento de la Constitución, pero sobre todo cuando a la vuelta de FERNANDO VII se afirme el principio monárquico, lo que supone un franco retroceso de la idea democrática. El artículo segundo definía a la nación española como “libre e independiente, y no es ni puede ser el patrimonio de ninguna familia ni persona”. En efecto, la redacción revelaba la ruptura con la Monarquía absoluta y cerraba el pacto con los americanos. De este modo convertían al Rey, por obligación en simple titular de la Monarquía pero constitucional.

Su carácter exhaustivo: la constitución tiene 384 artículos en los que con criterio discutible se tratan asuntos, -como los referentes a materias electorales o el régimen local, más propios de una legislación ad hoc. Sin duda alguna, como también señala VILLARROYA, el afán detallista se debía, como explicaba el discurso preliminar, al deseo de que la Constitución fuese “un sistema completo y bien ordenado, cuyas partes guarden entre sí el más perfecto enlace y armonía”.

La concepción racional-normativa subyacente en la vocación fundante de la constitución, en su aspiración a la perpetuidad, explica también la rigidez de nuestra constitución, que se manifiesta en la prohibición de producir “alteración, adición ni reforma” en la misma hasta que hayan transcurrido ocho años (art.376) siendo necesario para llevarla a cabo un procedimiento especialmente -gravoso: unas Cortes proponían la reforma; las siguientes examinaban tal propuesta; unas terceras Cortes dotadas de poderes especiales , la aprobaban definitivamente; siendo necesarios para todos -estos trámites, determinadas plazos y mayorías de dos tercios<sup>26</sup>.

Para estos deseos y previsiones resultaron vanos; la Constitución fue derogada, por voluntad del monarca, en 1814 y 1823, y cuando fue reformada en 1836 y 1837, lo fue al margen de las disposiciones que regulaban su modificación.

El segundo carácter fundamental es la afirmación de la soberanía nacional. El artículo 3 según el cual “la soberanía reside esencialmente en la nación” y, por lo mismo, pertenece a esta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes

25 TOMASVILLARROYA, T., Breve Historia del Constitucionalismo Español, Ed. CEC, 1985, p.13

26 TOMASVILLARROYA, T., Ob.cit.p.13.Véase también el magnífico trabajo de VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., *La Teoría del Estado en los orígenes del Constitucionalismo hispánico*, Ed.CEC. Madrid, 1983, pp.350 a 374.

“fundamentales”, confirmaba el principio ya explicitado desde el momento de la constitución de las Cortes (decreto del 24 de Septiembre de 1810) y supone sin duda alguna la innovación más sustancial de la Constitución: la transición del sistema político del antiguo régimen al moderno liberal-burgués, implica la traslación de la soberanía (del poder supremo cuya manifestación fundamental es el poder constituyente) del monarca a la nación.

La alteración jurídico-política producida por la introducción del nuevo principio resulta de la nueva posición del monarca que de ser el centro y causa del sistema pasa a ser un órgano constitutivo del mismo, junto con las Cortes, a quienes corresponde el mero ejercicio de la soberanía, ejercicio pautado o limitado constitucionalmente. El calificativo esencialmente atribuido a la residencia de la nación equivalía a la capacidad constituyente y hacía posible la delegación de su ejercicio por órganos que actuarían como funcionarios o depositarios del poder pero sin ser sus verdaderos propietarios. Tal calificativo sustituía al “radicalmente” propuesto por algunos que hubieran permitido, de facto, el ejercicio del poder absoluto, pues el pensamiento tradicional español admitía la residencia última del poder en la comunidad, si bien en determinadas circunstancias aceptaba su ejercicio por una instancia -la representación popular- que no fuese el monarca (a ello equivalía el de derecho de supremacía de que hablaba JOVELLANOS).

La recepción del nuevo principio suponía la alteración de la argumentación legitimadora del poder, que a partir de ahora será nacionalista, y era el trasunto jurídico de la aparición del sentimiento nacionalista español, resultado del contacto-conflicto con el invasor como han señalado SANCHEZ AGESTA<sup>27</sup> y JOVER y antes SNABEL: la Guerra de la Independencia fue verdaderamente una guerra nacionalista; y supuso la plasmación de un poder constituyente del pueblo español que había operado incluso antes de que sus representantes le proporcionasen la Constitución.

Como ha señalado agudamente DIEZ DEL CORRAL<sup>28</sup>: no hay que inventar verdaderamente el principio de soberanía nacional; se trata de reconocer un hecho palmario: el levantamiento espontáneo del -pueblo español. ¿Cómo partir del principio monárquico en la estructura constitucional si ha habido que empezar por anular la renuncia del monarca a la Corona? Claro que reconocer la importancia del nuevo principio, su transcendencia jurídica y su inevitabilidad, no puede hacer olvidar su carácter polémico, señalado por SANCHEZ AGESTA<sup>29</sup> y recordado por VILLARROYA<sup>30</sup>. Actuó como factor de disyunción primero entre realistas y constitucionales (contra su introducción protestará JOVELLANOS y el manifiesto de los Persas, y el manifiesto respuesta de -FERNANDO VII rechazaran el principio,

27 SANCHEZ AGESTA, L. Ob. p.60

28 DIEZ DEL CORRAL, J., *El liberalismo doctrinario*, Madrid, 1946, p.439.

29 SANCHEZ AGESTA, L., Ob. cit.p.61

30 TOMASVILLARROYA, J., Ob.Cit.p.14

terminantemente); luego entre moderados y progresistas, los moderados lo reputaran peligroso y abstracto; los progresistas lo elevarán a la categoría de dogma político que pasará a las constituciones de signo avanzado que fueron a pareciendo con posterioridad<sup>31</sup>.

Junto a ello, no nos podemos olvidar que la soberanía proclamada en este artículo tercero que residencia en la nación no solo pertenecía a los españoles sino a los americanos por igual. La redacción revelaba la ruptura como definitiva con la Monarquía absoluta y cerraba el pacto con los americanos<sup>32</sup>. Con ello, los liberales gaditanos, americanos y peninsulares, dejaron establecido quién era el poseedor de la soberanía, que del rey en el Antiguo Régimen pasó a la Nación. En Cádiz nos recuerda muy bien CLAVERO no se habla de España en singular sino de “Españas” en plural<sup>33</sup>. Esta problemática y singularidad se trasladó a la Constitución como en la regulación de una de las cuestiones más importantes en su artículo primero cuando señala que la nacionalidad es “la reunión de los españoles de ambos hemisferios. Con ello, el sistema constitucional que se quería implantar en los territorios de la monarquía establecía una premisa revolucionaria al incorporar a los antiguos súbitos y territorios americanos del rey como ciudadanos y provincias en igualdad de derechos del nuevo Estado-Nación. Lo cual, claro está, implicaba arrebatar al monarca sus posesiones –rentas y territorio americano- e integrarlos en la nueva propuesta constitucional. De la cual, a la altura de 1812 participaba una buena parte del criollismo, al menos novohispano y peruano<sup>34</sup>. Pero va a ser VARELA quien analice en profundidad el concepto de nación en la Constitución gaditana, que según él va unido al concepto de representación. Se diseña con ello un concepto plural para dar cabida a las provincias americanas, una teoría de la representación territorial opuesto a la doctrina clásica del principio de soberanía nacional, siendo esta la tesis defendida por la Diputación Americana<sup>35</sup>.

Un tercer principio fundamental es el de la separación de poderes: se trata de la consecuencia de la aceptación por el constituyente español de la concepción racional normativa según la cual la división de poderes, esto es la exigencia de que cada función

31 Como agregaría FERNANDEZ ALMAGRO, “el principio de la soberanía nacional fue el juicio de todo lo construido en Cádiz, y contra este principio vinieron a estrellarse los mayores alegatos del sector inmovilista, reproduciendo en el eco de la Cámara las protestas que ya se habían escuchado a la hora de la convocatoria a Cortes, en FERNANDEZ ALMAGRO, M., Ob.cit.p.183.

32 Como ha escrito recientemente LUCENA, de este modo tan sencillo se liquidó el antiguo Régimen en todo el imperio español.Vid. LUCENA GIRALDO, M., Ob.cit.p.145

33 CLAVERO, B., “Cádiz en España, signo Constitucional”, en Cádiz 1812, Ed. CEPC., 2007, p.450.

34 De este modo, los liberales gaditanos, americanos y peninsulares, dejaron establecidos quien era el poseedor de la soberanía, que del rey en el antiguo régimen pasó a la nación.Vid.CHUST, M., y FRASQUET, I., Ob.Cit.p.62.

35 Como no recuerda VARELA, la nación venía concebida como el conjunto de pueblos e individuos de la Monarquía, por ello la soberanía recae en cada pueblo y en cada uno de sus individuos ut singuli. La unidad de la Nación soberana no era previa ni ideal, sino que resultaba o se derivaba de una ayuntamiento real, de provincias e individuos, de pueblo y pueblos. De esta manera los pueblos de América de la nación española, podrían recobrar con plenitud su soberanía latente, originaria y desembocar en múltiples unidades soberanas, pudiendo llegar a justificar más tarde, como así fue, el derecho de cada pueblo americano a dotarse de una estructura jurídico-política independiente.Vid.VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., Ob. cit. pp.221 a 244.



estatal sea desempeñada por un órgano o conjunto de órganos ad hoc, es un criterio ineludible de organización racional y de limitación del poder del Estado.

La aceptación de este principio califica el sistema jurídico-político establecido como "monarquía moderada hereditaria" (art. 14) contrasta con la confusión de funciones, característica del Antiguo Régimen que era consecuencia de la unidad de poder encarnada en el Rey.

Los artículos, 15,16 y 17 atribuyen, en efecto, la potestad de hacer las leyes a las Cortes con el Rey; la potestad ejecutiva al Rey, y la potestad de aplicarlas los tribunales.

Hay que entender y así se hizo constar en la discusión de la constitución que este principio no colisiona con el de la soberanía nacional que es una e indivisible y que ejerce el poder constituyente. El principio de la división de poderes es un principio subordinado que afecta sólo a los órganos secundarios o constituidos de gobierno, esto es el Rey, las Cortes ordinarias y los tribunales de justicia<sup>36</sup>.

El cuarto principio fundamental será el de la representación nacional: las Cortes, según se desprende de lo contenido de los artículos 27 y 100, serán la reunión de los diputados que representan a toda la nación y no a sus electores o distritos, sin que queden vinculados a la voluntad de estos por mandato imperativo, ni queden obligados a actuar como sus portavoces, sino que conformarán la voluntad nacional, pudiendo, como dice el art. 27, "acordar y resolver cuanto entendieren conducente al bien general de ella".

La nación como suma de individuos (Como ya hemos comentado, la Nación española, dice la Constitución, es la reunión de los españoles de ambos hemisferios) sustituye al conglomerado complejo de la sociedad estamental y el mandato representativo acaba con el imperativo del antiguo régimen. En suma, sintetiza VILLARROYA, los diputados representan a la Nación y no a las partes que la componen ni a las circunscripciones que los eligen; las Cortes quedan desligadas de todo mandato imperativo y se convierten en la voluntad y voz de la nación<sup>37</sup>.

La nueva doctrina de la representación pasará, de manera expresa o tácita, a todas las constituciones posteriores tanto españolas como de las nuevas constituciones americanas que surgieron en el marco de sus independencias.

---

36 Ahora bien, la división de poderes quedaba convertida en una separación que los dejaba aislados de manera total o casi total: no establecía puentes entre ellos ni medios para resolver los conflictos que se suscitasen entre el poder legislativo y el poder ejecutivo. Como afirma TOMÁS VILLARROLLA, técnicamente era uno de los mayores defectos de la Constitución. TOMÁS VILLARROLLA. J. Ob.cit.p.15

37 TOMÁS VILLARROLLA. J. Ob.Cit.p.16

## C. LA FORMA DE GOBIERNO DE LA CONSTITUCION DE 1812

### I. Los Órganos Constitucionales.

#### a. Las Cortes

Las Cortes son la reunión de los diputados -que representan a la Nación, nombrados por sus ciudadanos, según recoge el art. 27.

Se trata de una representación unicameral<sup>38</sup>, a pesar de que el sector jovellanista pretendiera la organización bicameral del parlamento, recogiendo la orientación de Montesquieu según la cual la segunda Cámara frenaría los excesos populares y obstaculizaría el despotismo del monarca. Los constituyentes al concebir el Parlamento de forma unicameral hacen fe del liberalismo radical propio de los primeros días de la Revolución Francesa. Se citaba la experiencia de los Estados Unidos e Inglaterra como paradigmas a imitar. La representación unicameral, aparte de por las presiones del mismo ambiente de Cádiz, se impuso por dos razones, una explícita y otra latente, pero quizás más operante. La principal, que entonces se declaró, fue, que la división de las Cortes en cuerpos separados estimularía la división de la Nación<sup>39</sup>; la otra razón, que ARGUELLES, como señalan SANCHEZ AGESTA<sup>40</sup> y VILLARROYA<sup>41</sup>, mostraría más adelante, fue -el temor obstruccionista a toda reforma del alto clero y la nobleza atrincherada en una Cámara Alta.

Por lo que se refiere al sistema de elección se ha de distinguir entre el sufragio activo que era cuasi universal e indirecto en cuatro grados: 1) elección de compromisario de municipio, 2) designación del elector del municipio, 3) reunión y elección por los electores del municipio del elector del partido y 4) elección de -los diputados de provincia por los electores del partido.

Pero el sufragio pasivo era restringido pues para ser diputado, según el art. 92, se requiere "tener una renta anual, proporcionada, procedente de bienes propios". En esta restricción censitaria que abría el camino de las prácticas moderadas electorales, como ha señalado TOMASYVALIENTE, se pretendía, como recuerda ARTOLA, que el poder legislativo quedase en manos de la burguesía propietaria<sup>42</sup>.

El carácter burgués del régimen que se pretendía establecer cabría deducirse no sólo de estas restricciones sino de otras manifestaciones más explícitas, como la que,

38 En el Discurso Preliminar se justifica la existencia de una sola cámara en el hecho pragmático de que el clero y la nobleza no gozaban ya de derechos y privilegios que las colocasen fuera de la Comunidad. Véase en MERNO MERCHÁN, J.F. Ob. cit. p.50

39 De igual opinión ATTARD, E., El constitucionalismo Español: 1808-1978, Ed. Valencia, 1988, p.68.

40 SANCHEZ AGESTA, L. Ob.Cit. pp.104 a 107

41 TOMÁSVILLARROLLA, T. Ob.Cit.p.19

42 ARTOLA, M., Ob. Cit. p.57 y ss y TOMÁSVALIENTE donde señala además que si bien derecho de sufragio era casi universal en la primera fase, luego se restringía en un fase posterior, TOMASYVALIENTE, T., Ob.cit.pp.1373 y 1375.

en el art. 13, hacía constar, que el objetivo del gobierno era la felicidad de la Nación, pues el fin de toda la sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen.

Se preveía una reunión automática de las Cortes el 1 de Marzo de cada año, y una duración fija de sus sesiones de 3 meses, trasunto sin duda de la creencia en la asociación del despotismo y la inactividad o supresión de las Cortes. El Rey por consiguiente no convoca ni tampoco puede disolverlas, su contacto con ellas se limita a abrir o cerrar, con un Discurso, sus sesiones. El mandato de los diputados dura dos años, las sesiones eran públicas, y los diputados tenían concedidas garantías de inviolabilidad e inmunidad.

Se preveían la prolongación de sus sesiones y convocatorias extraordinarias. Una Diputación permanente -de 7 miembros- tenía encomendada entre otras funciones la de velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes mientras las Cortes estuviesen cerradas y la convocatoria de Cortes extraordinarias.

Las funciones -o como más castizo y con mejor castellano se dice facultades de las Cortes son establecidas en el art. 138 y -son en primer lugar legislativas: proponer, decretar o derogar leyes, reconociéndose a cada diputado la iniciativa legislativa; de carácter económico y financiero: a las Cortes corresponde el establecimiento de gastos, la fijación de impuestos y el control de cuentas públicas; de administración y fomento, así, "promover y fomentar toda especie de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan"; establecer el plan general de la enseñanza pública, aprobar los reglamentos generales para la policía y sanidad del real no; de orden político y constitucional: las Cortes recibirán el juramento del Rey al advenir al Trono; nombraban cuando procedía, la Regencia, proponían nombres para el Consejo de Estado, vigilaban la defensa de la Constitución y actuaban su reforma<sup>43</sup>.

Como señala VILLARROYA, tal vez maliciosamente, el momento revolucionario impelió a las Cortes a actuar con frecuencia en materias propias del Ejecutivo y del Judicial "atentando al principio de la división de poderes y vulnerado el espíritu y aun la letra misma de la Constitución"<sup>44</sup>.

## b. El Rey

Como hemos observado anteriormente las repercusiones de la introducción del principio de soberanía nacional afectó sobre todo a la posición del monarca, que de ser el centro y "dueño" del sistema pasó a ser un órgano constituido del mismo. En lo sucesivo el título del monarca no será de derecho divino sino por la "gracia de

43 Sobres las funciones de las Cortes en la Constitución de Cádiz, véase ampliamente el citado trabajo de MERINO MERCHÁN, J.F., Ob.Cit.p.52 y GONZALO ARES, J.A., Ob.Cit.pp.44 y 45.

44 TOMÁS VILLARROLLA, J., Ob.cit.p.21

Dios y de la Constitución"; y el Discurso preliminar considerará al Rey como "Jefe del Gobierno y primer magistrado de la Nación"<sup>45</sup>. Mientras en el Antiguo Régimen el Rey personifica al Estado, en la Constitución de 1812, el Rey es Jefe de Gobierno y primer magistrado de la Nación.

Contrasta el carácter pautado de las atribuciones del monarca constitucional, limitado además por la actuación de otros órganos constitucionales, y el carácter absoluto del antiguo monarca, sometido solo a restricciones morales e históricas, pero no jurídicas.

La constitución le confiere dos importantes funciones: la de actuar la potestad legislativa con las Cortes; y la de ejecutar las leyes.

a) La participación en la función legislativa, le confiere en primer lugar una iniciativa legislativa que consiste, según el art. 171-14, en la capacidad de hacer las propuestas de leyes que crea conducentes al bien de la nación, pero este artículo ha de ponerse en conexión con el 124 que relativiza tal iniciativa al determinar que la asistencia de los Secretarios de despacho a las Cortes en relación con las propuestas del Rey se verificará cuando y del modo que éstas acuerden, sin que puedan estar presentes en las votaciones: lo que suponía dejar la facultad real en manos de las propias Cortes.

Por lo que se refiere a lastr manifestación de la participación del monarca en la función legislativa -el de la sanción- como facultad reconocida en el art. 142, su negativa no puede operar como veto absoluto sino solo suspensivo: si las Cortes volvían aprobar un texto cuya sanción hubiese negado el monarca, podía el Rey por segunda vez devolverlo y denegarle su sanción; pero si las Cortes lo aprobaban y se lo remitían por tercera vez, tenía el Rey necesariamente que otorgar la sanción (art. 140-150).

Esta concepción de la sanción del monarca como ocurrió en Francia ilustra los inconvenientes de un sistema que podía colocar al Rey en una posición desfavorable: la de ordenar la ejecución de una ley con la que no estaba de acuerdo y que le había sido impuesta por la representación popular. Son facultades, por tanto, complementarias del poder legislativo.

b) La segunda función importante del monarca es la ejecutiva que consistía, según el art. 170, "en la potestad de hacer ejecutar las leyes, extendiéndose su autoridad conforme a la constitución y las leyes, a cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior". Se define

---

45 Como señala entre otros FERNANDEZ SEGADO, la institución regia va a verse sometida a modificaciones esenciales que la distancian muy sensiblemente del Monarca absoluto. FERNANDEZ SEGADO, F., *Las constituciones históricas Españolas*, Ed. ICAI. Madrid, p.59 y ss.

el poder ejecutivo con arreglo a una idea restringida del mismo propia de Locke o Montesquieu.

El art. 171 se extiende en las manifestaciones concretas del poder ejecutivo, como la facultad de dictar reglamentos, declarar la guerra y firmar la paz, proveer todos los empleos civiles y militares, mandar los ejércitos y armadas, dirigir las relaciones diplomáticas, nombrar y separar libremente a los ministros, etc. No obstante, el auténtico alcance de este elenco de facultades, si se exceptúa la importante facultad de nombrar y separar libremente a los ministros de que luego hablaremos, debe ser comprendido teniendo en cuenta una doble consideración: en primer lugar las limitaciones que establece el art. 172, que instituye diversas restricciones a las facultades reconocidas en el artículo anterior y que implican básicamente la necesidad del consentimiento del acuerdo de/ las Cortes para la realización de determinadas prerrogativas; en -segundo lugar, la exigencia establecida por el artículo 225, del -refrendo ministerial, al disponer que todas las órdenes del rey debieran ir firmadas por el Secretario de despacho del ramo a que el asunto corresponda de modo que ningún tribunal ni persona pública - diere cumplimiento a la orden que careciera de este requisito.

La responsabilidad ministerial salvaba la del monarca, pero acabaría, como es lógico, detrayendo de éste la capacidad de decisión política: se confirma, de este modo, el carácter transitorio, la insuperable inestabilidad de la forma de estado de la monarquía constitucional, situación de paso entre la monarquía absoluta y la monarquía parlamentaria<sup>46</sup>.

### c. Los Ministros

La regulación constitucional de los ministros es sin duda parca. Los ministros, llamados castizamente secretarios de despacho, son nombrados y separados libremente por el Monarca (art. 171) y en función de la aceptación de una concepción rígida del principio de separación de poderes no pueden pertenecer a las Cortes (arte. 95 y 129). Ello tenía algunas implicaciones graves como era la de incrementar el aislamiento entre ejecutivo y legislativo y obligar al rey a buscar sus ministros fuera de las Cortes donde tenían su asiento los principales hombres políticos. La situación de los ministros en las Cortes, como señala VILLARROYA<sup>47</sup> recordando a ARGUELLES, no dejaba de ser incómoda: si acudían llamados por las Cortes, parecían acusados, si lo hacían por su propia iniciativa aparecían como intrusos. En la práctica y durante el período de aplicación de la Constitución- los ministros no sólo dependían del capricho del monarca, sino que sufrieron la hostigación de las Cortes y a veces se encontraron sujetos a condicionamientos impuestos por los

46 En relación con las funciones del Rey, véase ampliamente TOMÁS VILLARROYA, J. Ob.cit.pp.22 a 25 y MERINO MERCHÁN, J.F. Ob.cit.pp.54 y 55.

47 TOMÁS VILLARROYA, J. Ob.Cit.p.25.

elementos liberales y sociedades secretas que, en ocasiones, actuaban o pretendían actuar como gobierno oculto del Estado.

La constitución no conocía el gobierno o ministerio como cuerpo homogéneo o solidario definidor de la dirección política del Estado, aunque el Discurso preliminar parecía proveerlo cuando en él se advertía de la necesidad de “dar al Gobierno el carácter de estabilidad, prudencia y sistema que se requiere” y la conveniencia de que “el Estado no sea en adelante conducido por ideas aisladas de cada uno de los Secretarios de Despacho”.

En la práctica, la unidad del Gobierno fue reconocida durante el Trienio y por ejemplo ARGUELLES y MARTINEZ DE LA ROSA -según testimonio de ALCALA GALIANO- actuaron como verdaderos jefes de Gobierno, proponiendo al monarca los nombres de sus componente efectivos.

En rigor, el Consejo de Ministros fue establecido, al finalizar el trienio liberal, por un Decreto de PENANDO VII, -del 19 de Noviembre de 1823; se formaliza así, en un contexto político diferente, lo que ya venía, como hemos dicho, realizándose durante el trienio.

#### **D. LA PARTE DOGMATICA: Los derechos individuales**

En la Constitución de Cádiz no existe una Declaración de Derechos, sin duda para no dar pie a quienes estaban dispuestos a identificarla con la obra de las Constituyentes francesas, de modo que salvo una garantía general establecida en el art. 4 a que luego nos referiremos, los diversos preceptos relativos a los derechos se encuentran desparramados por el texto: así los que establecen la seguridad jurídica, igualdad ante la ley, derecho de petición, inviolabilidad del domicilio, legalidad del impuesto, etc. La parquedad constitucional en esta materia quizá pueda también explicarse por el hecho de que la legalidad preconstitucional de las Cortes se había ocupado de algunos temas al respecto como por ejemplo la libertad personal. Así hay que mencionar un reglamento de Abril de 1811 “para que las causas criminales tengan un uso más expedito, sin los prejuicios que resultan a los reos de la arbitrariedad de los jueces”. Reglamento que fue saludado por algún diputado, recuerda SANCHEZ AGESTA, como “la aurora de la libertad y felicidad del ciudadano español”, tal vez con alguna exageración: se trataba, en realidad, de establecer la garantía de un juez, un proceso y un juicio rápido y público<sup>48</sup>.

La garantía de los derechos individuales queda establecida en la Constitución en el artículo 4, según el cual, “la nación se obliga a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”.

48 SANCHEZ AGESTA, L., Ob. Cit.p.108 y 109.

El artículo 371 establecía la libertad de imprenta, que ya había sido establecida por Decreto, dos años antes, consistente en la libertad de “escribir, imprimir; y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de recurrir a licencia, censura o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes”. Lo relevante de esta declaración está en el levantamiento de la censura previa.

La comprensión de este precepto necesita reparar en el ambiente gaditano en el que la propaganda de las ideas llevadas a cabo por la prensa jugó un papel tan importante. Por lo demás, y como ha señalado SÁNCHEZ AGESTA a través del análisis de las propias discusiones de este artículo, la libertad de imprenta se concibió más como función pública que como derecho individual<sup>49</sup>.

La libertad de imprenta es, en primer lugar, un formidable medio de limitación del poder, pues la crítica pública sirve de freno a los gobernantes, como señalan IGUANZOY TORENO. La libertad de imprenta es, en segundo lugar y como señala ARGUELLES, un instrumento de expresión de la propia opinión pública, y al tiempo un órgano mediante el que ésta se expresa<sup>50</sup>.

Otros derechos estaban relacionados con las garantías de la libertad y la seguridad: Derecho a tener proceso regular, breve (art.286) y público (art.202), derecho a prestar declaración judicial, antes de ser puesto en prisión (arts. 290 y 291), derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 306) o la abolición del tormento como pena corporal (art. 303). Estos derechos hay que conectarla con el hábeas corpus que aparece recogido en el artículo 290<sup>51</sup>. Tampoco se pueden olvidar los principios unidad jurisdiccional y legislativa como bases del principio de igualdad: La unidad jurisdiccional (Arts.242 y 247), la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenecen en exclusiva a los Tribunales (art.247). La igualdad ante la ley constituye la garantía del individuo frente al derecho no escrito, los privilegios de los señoríos, la arbitrariedad de los reyes y del derecho en particular<sup>52</sup>.

49 Con razón, como ha señalado AGESTA, casi se llegó a identificar la libertad de imprenta con la soberanía popular. Vid. Ob. Cit. p.110

50 SANCHEZ AGESTA, L., Ob.cit.p.112. La importancia que desde el principio se concedió a este derecho puede constatare incluso antes de ser aprobada la Constitución. En el preámbulo del Decreto IX de 10 de noviembre de 1810 puede leerse que “La facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas es, no sólo un freno a la arbitrariedad de los que gobiernan, sino también un medio de ilustrar a la Nación en General, el único camino para llegar al conocimiento de la verdadera opinión pública”. Se consagra con ello uno de los principios básicos de la ideología liberal, pues la libertad de pensamiento es concebida como un instrumento efectivo para controlar la acción del Gobierno. Véase el respecto lo comentarios de SEGURA ORTEGA, M., en “Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812”, recogido en el libro colectivo, *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Coord. por PUY MUÑOZ, F., Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2002, p.30.

51 Dice el artículo 290 que “ el arrestado, antes de ser puesto en prisión, será presentado al juez, siempre que haya cosa que lo estorbe, para que le reciba declaración; más si esto no pudiera verificarse, se le conducirá a la cárcel en calidad de detenido, y el juez, le recibirá la declaración dentro de las veinticuatro horas”.

52 Es sin duda una de las grandes novedades del texto gaditano el reconocimiento de la igualdad de los españoles en un triple sentido: por un parte, con el reconocimiento de la igualdad de derechos, por otra, con el establecimiento de un único fuero y, por último, a través de la unidad de códigos. Vid. SEGURA ORTEGA, M., Ob.cit.p.32.

A diferencia del Antiguo Régimen donde en todos los ámbitos de la legislación era manifiesta la desigualdad existente entre los individuos, de manera que la condición personal de cada sujeto era determinante a la hora de aplicar las consecuencias previstas en la legislación.

Pero si algo resultó innovador en esta Constitución fue el nuevo estatuto de ciudadanía fruto del nuevo concepto de nación y de ciudadanía: recordándolo una vez más, en su artículo primero, la nación española es la reunión de los españoles de ambos hemisferios, con ello se establecía la premisa revolucionaria al incorporar a los antiguos súbitos y territorios americanos del rey como ciudadanos y provincias en igualdad de derechos del nuevo Estado-nación. Con ello, los cargos, hasta entonces designados se convertían en electivos. Con ello, los liberales americanos propusieron que los ayuntamientos tuvieran competencias soberanas, autónomas, que respondieran a la soberanía de sus representados: los vecinos<sup>53</sup>. La operatividad del nuevo término de soberanía se vinculó a la creación de Diputaciones provinciales y ayuntamientos constitucionales<sup>54</sup>. Si en estos nuevos ayuntamientos los alcaldes recordaban a los antiguos alcaldes ordinarios, los jefes de las diputaciones evocaban a los corregidores y a los reales acuerdos colegiados de virreyes y oidores de las audiencias. Pero lo verdaderamente importante fue que se les eligiera por un sufragio amplio. De esta manera el cuerpo electoral se amplió desde el concepto corporativo y estamental de electores hacia otro de ciudadanos. Si como punto de partida en Cádiz el voto no tuvo exigencias de ingreso ni alfabetización e incluyó al “blanco, americano o europeo, el indio, el mestizo y los hijos de unos otros, bajo ciertas condiciones los excluidos originarios de África acabaron votando en no pocos casos<sup>55</sup>.

Sin embargo, la libertad sufrió en el Régimen Político de 1812 una grave quiebra, como diría ARGÜELLES “un obsequio doloroso de la paz”, al tener que aceptar por insostenibles presiones del clero la confesionalidad católica, apostólica, romana,

53 Como señalan CHUST y FRASQUET, lo que estaban planteando era la capacidad representativa de los municipios y la extensión de la soberanía a estos. Vid. CHUST, M., y FRASQUET, I., Ob.cit.p.63

54 Como recuerda en la actualidad LUCENA GIRALDO en algún momento el debate constitucional gaditano llevó a algunos diputados entusiastas a pensar que el imperio transitaba hacia una federación de provincias. Aunque se pensó que las nuevas diputaciones americanas coincidieran con las intendencias en vigor, se limitaron a 18 para América y una para Filipinas: Nueva España, San Luis de Potosí, Yucatán, Provincias internas del Oriente y de Occidente, Guanajuato, Cuba con las dos Floridas, Santo Domingo y Puerto Rico, Guatemala, Nicaragua, Venezuela, Nueva Granada, Quito, Perú, Cuzco, Charcas, Chile y Río de la Plata. Vid. LUCENA GIRALDO, M., Ob.cit. pp.145 y 146.

55 Recogiendo algunos ejemplos de LUCENA GIRALDO, en Ciudad de México votaron en 1812 españoles, indios, mulatos, libertos, esclavos, artesanos y sirvientes domésticos. En Guayaquil lo hicieron originarios del África y algunos de ellos salieron elegidos. En Cuenca y Loja el voto de los indígenas, por constituir la mayoría de la población fue decisivo. También votaron y fueron elegidos en algunos cargos en el Perú, e hicieron de escrutadores de votos, incluso sin saber escribir. En 1813 en Guatemala miembros de castas depositaron su voto y fueron elegidos en oficios municipales. Tres años antes en Cartagena la Junta había permitido ejercer el derecho de voto a todos los vecinos, sin distinciones étnicas: blancos, indios, mestizos, mulatos, zambos y negros. Tan sólo debían ser cabezas de familia y vivir de su propio trabajo. No se conoce el número de americanos que tomaron parte en las elecciones de diputados para Cádiz, pero la movilización electoral fue extraordinaria. Las estadísticas relativas a uno de los distritos de Ciudad de México en las elecciones de 1812 y en las de Lima de 1813 indican que habría votado hasta el 10 por ciento de la población, un porcentaje muy considerable para la época. En Guatemala quizás un tercio de la población, incluidos indígenas, ladinos y miembros de castas. De manera detallada, véase siempre a LUCENA GIRALDO, M., Ob. cit.pp.147 y 148



única verdadera, al tiempo que prohibir el ejercicio de cualquier otra (artículo 12)<sup>56</sup>. Sin embargo, como señala CLAVERO, si bien la Constitución del 1812 es en efecto confesional lo hace de forma que no se encierra en las concepciones de esta religión<sup>57</sup>.

### E. Valoración y originalidad del texto constitucional en la historia del derecho público español.

Expuesto en sus líneas generales el contenido de la Constitución gaditana, hemos de ocuparnos de una cuestión que tanta tinta ha hecho derramar ¿cuáles son en realidad sus fuentes ideológicas?, y de acuerdo con estas respuestas cabe pronunciarse sobre el afrancesamiento o el casticismo de la Constitución de 1812.

Para algunos autores contemporáneos a la Constitución, como MIRAFLORES o MARTINEZ DE LA ROSA, o posteriores a ella, como MENENDEZ PELAYO, POSADA o FERNANDEZ ALMAGRO, los constituyentes hicieron poco más que copiar la Constitución Francesa de 1791. Modélica puede parecer, a este concepto, la opinión de MENENDEZ PELAYO según la cual, los constituyentes españoles de 1812 dieron la espalda a las antiguas leyes españolas, fantasearon una Constitución abstracta e inaplicables; o el intento del PADRE VELEZ (1818) mostrando el paralelismo de los textos francés y español. Esta postura se encuentra con otra que podríamos llamar casticista, que por el contrario subraya la continuidad de la constitución con el antiguo derecho público español: la constitución tenía encomendado no una labor revolucionaria sino justamente la restauración de la tradición española que había sido rota por el absolutismo de los primeros Austrias. Según se reiteraba en el Discurso Preliminar el proyecto constitucional no contenía nada que "no se hallase consignado del modo más auténtico y solemne en los distintos cuerpos de la legislación española".

Curiosamente en esta misma línea habría que anotar la postura de Marx para quien la Constitución española no es una copia servil de la Constitución francesa, sino un producto genuino y original: "la reproducción de los antiguos fueros, pero leídos a la luz de la Revolución Francesa y adaptados a las necesidades de la Sociedad Moderna"<sup>58</sup>.

56 ARGUELLES afirmaba que tal declaración "ha debido de ocupar en la ley fundamental del Estado un lugar preeminente, cual corresponde a la grandeza y sublimidad del objeto". Recogido en su *Discurso preliminar a la Constitución*, Ed. CEC, Madrid, 1989, Ob.cit.p.80.

57 CLAVERO, B., *Manual de historia constitucional de España*, Ed. Alianza Universidad, 1989, pp.35 y 36. En esta línea también PEÑA GÓMEZ sostiene que en Cádiz se intenta trazar la línea divisoria entre religión y política pero solo a medias se consigue. Hay que esperar al 5 de febrero de 1813 para acabar con la inquisición. Vid. PEÑA GÓMEZ, J., *Historia Política del Constitucionalismo español*, Ed. Biblioteca Universitaria, 1995, p.77. Nadie puede dudar que la religión católica era la mayoritaria en las dos Españas y ello podría justificar la confesionalidad del Estado en aquel momento, pero la prohibición expresa del ejercicio de cualquier otra religión no sólo consagraba la intolerancia, sino que, además, suponía una importante contradicción interna con los principios básicos del texto gaditano como así señala SEGURA ORTEGA, M., en "Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812", recogido en el libro colectivo, *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Coord. por PUY MUÑOZ, F., Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2002, Ob. Cit. p.24.

58 Esta parece ser la postura bien documentada de GARRIGA, C., y LORENTE, M., en su libro *Cádiz, 1812, La Constitución jurisdiccional*, Ed. CEPC., Madrid, 2007, p.374 yss.

Una posible tercera vía interpretativa, sin negar las deudas de nuestro texto con el francés, ha reclamado la originalidad de nuestro texto: en razón de la superior posición del monarca y de la vena ética-religiosa ajena a la Constitución Francesa. La Constitución empieza invocando el nombre de Dios “autor supremo legislador de la sociedad”, proclama la catolicidad de la Nación española, a la que promete proteger mediante leyes “sabias y justas”, prohibiendo el ejercicio de cualquier otra religión. El problema de la originalidad de nuestra constitución es ciertamente apasionante y su adecuada comprensión requiere atender diversas cuestiones.

La primera es la sinceridad del parentesco aludido de su contenido con nuestra tradición jurídica e intelectual -tesis preferida de MARTINEZ MARINA-. Desde luego es ridículo pretender que en nuestro Fuero Juzgo se encontraran derechos individuales o que el Padre SUAREZ teorizase sobre la soberanía nacional: ello constituiría un anacronismo evidente. Pero si no existía en nuestros textos y autores clásicos la nación, ni el tercer estado, ni los derechos universales, sino individuales y estamentales; sí que la referencia estaba justificada pues en dicha tradición, como ha señalado SANCHEZ AGESTA, lo que sí existía es la defensa de un órgano representativo y la doctrina de que el poder procede de la comunidad.

Pero la resolución de la cuestión exige prestar atención a otros dos tipos de factores que subrayan a nuestro juicio la originalidad de la Constitución española, y que son la propia situación revolucionaria de la guerra que expulsa a la monarquía de nuestro suelo y que hace que la nación tome la iniciativa hasta el punto de que su protagonismo es admitido hasta por los adversarios de la tesis de la soberanía nacional (como JOVELLANOS o el propio Obispo de Orense) y cuya operación mostró lucidamente DIEZ DEL CORRAL: según el cual, como ya recordamos anteriormente, el principio de la soberanía nacional no había de ser inventado, ni copiado, bastaba reconocer el hecho palmario del levantamiento espontáneo del pueblo español; tampoco los derechos individuales podían serle negados pues en la práctica los estaba viviendo. “El hecho de que la mayor parte del pueblo español no luchara por la soberanía nacional, los derechos individuales sino por la religión y la monarquía, no estaba reñido con el dato indudable de que de facto y formalmente la Guerra de la Independencia supusiera una asimilación de tales principios”.

Finalmente la obra de Cádiz ha de ponerse en contacto en buena parte de sus manifestaciones: centralización, laicización, reforma agraria, liberalismo económico, etc.- con la ideológica ilustrada. Si bien ha de reconocerse que se han producido dos saltos de importancia trascendental, sin duda merced a la ruina producida por el despotismo ministerial de GODOY, el ejemplo de las renunciaciones de la familia real y el propio eco del proceso revolucionario francés: me refiero al franco tránsito de la libertad económica a la política -esbozado ya en JOVELLANOS-; y el abandono

del protagonismo del rey que deja de ser el principal agente de la reforma, como ya había sido prefigurado en algunos representantes de la Ilustración tardía: ARROYAL, CAÑUELO etc.

En relación con América, la Constitución de 1812 fue sobre todo el tránsito de una monarquía absoluta a una Constitucional. Las Cortes de Cádiz significó para los territorios hispano-americanos, en palabras de CHUST y FRASQUET, la vía autonomista<sup>59</sup>. Esta se juró en la mayor parte de las poblaciones que aún se mantenían dentro de la Monarquía, lo cual produjo enormes repercusiones. En primer lugar, desmontó la administración virreinal. Al establecerse las Diputaciones, la consecuencia fue la abolición de los virreinos y de los virreyes como titulares del poder absoluto del rey en América, así como la de intendentes corregidores, regidores perpetuos, síndicos, jueces, etc. En el plano económico, los impuestos y tributos que no fueron abolidos pasaron a la nueva Hacienda nacional o las Cajas de las Diputaciones, pero no ya a las del rey. En justicia se estableció la igualdad ante la ley, derogándose los privilegios y desigualdades entre criollos e indígenas y españoles. Fue una revolución "silenciosa" que concitó adhesiones, pero también oposición, por lo que desde el principio la resistencia a publicarla y ejecutarla fue notoria. Algunos virreyes se opusieron al constitucionalismo bloqueándolo, con la excusa de no aplicar sus medidas por el contexto de la guerra. Y estas medidas fueron denunciadas por los criollos en América, que estaban constantemente en contacto con los diputados americanos en las Cortes y que denunciaron una y otra vez la desmedida represión de estas autoridades heredadas del Antiguo Régimen y mantenidas por la presión de la guerra en América. Así, notorios intelectuales y líderes ilustrados americanos fueron acusados de insurgentes cuando no necesariamente lo eran, porque defendían, ni más ni menos, los presupuestos decretados en Cádiz y en la Constitución, pero en América. Y, a diferencia de la península, el liberalismo gaditano se encontró con que el rey, ausente allí, estaba presente en América en las figuras de los virreyes, quienes escudándose en su potencialidad militar atacaban y reprimían cualquier movilización que atentara contra su poder; bien desde el campo de la insurgencia, bien desde el autonomismo liberal de Cádiz.

La última cuestión a abordar la del pronunciamiento sobre el significado global de la Constitución, está muy próximo al problema de su observancia. Como se sabe FERNANDO VII a su vuelta del destierro ignoró la obra de Cádiz, y restauró un absolutismo omnímodo, incluso desoyendo las peticiones de los diputados realistas del Manifiesto de los Persas, decretando que los actos de aquéllas se considerasen "nulos y de ningún valor ni efecto, ahora ni en tiempo alguno, como si no hubiesen pasado jamás". La derogación Constitucional operada por FERNANDO VII abre paso a un esquema político basado en la arbitrariedad del Monarca, lo que FERNANDEZ ALMAGRO denominó "camarilla" que llegó a tener más peso político

59 CHUST M., y FRASQUET, I., Ob.cit.p.59.

ante el rey que los Secretarios de despacho, y desde luego más que el Consejo de Estado, órgano este último que formalmente se potenció en el ámbito del proceso legislativo del Manifiesto abrogatorio<sup>60</sup>. Frente a este estado de cosas, comenzará a desarrollarse simultáneamente, nos dirán SOLE TURA y AJA, una alianza formada por la burguesía, las clases medias y populares con tradición liberal en las ciudades y una parte del campesinado despojado por los señores y el propio Estado<sup>61</sup>.

La situación será de profundo desorden económico-financiero, sin alcanzar siquiera a garantizar la paz del campo, anegado de bandoleros y guerrilleros. Comenzará el exilio, los pronunciamientos y la intolerancia ideológica que admitirá la eliminación física de unos españoles por otros a causa de la discrepancia política<sup>62</sup>. La fuerte e intensa represión de los pronunciamientos, lejos de apagar la contestación del Régimen personalista y arbitrario de FERNANDO VII se repliega hacia las sociedades secretas de carácter político, que serán como acertadamente ha señalado SANCHEZ AGESTA, el embrión de los partidos políticos<sup>63</sup>.

La interrupción constitucionalista, tras el éxito retrasado del pronunciamiento de RIEGO en Cabezas de San Juan, 1820, será -muy breve, al actuar de consuno la resistencia del rey a cumplir su cometido constitucional, una fuerte depresión económica, más la epidemia y la sequía de 1821, las propias querellas de los doceañistas y exaltados apoyados y organizados en sociedades secretas, y un contexto reaccionario internacional.

El segundo período absolutista, a pesar de sus duros comienzos, será más liviano como consecuencia de una cierta contemporización motivada porque la situación económica y la necesidad de empréstitos internacionales aconsejan una cierta apertura liberal que será confirmada cuando tácticamente la esposa de FERNANDO VII busque apoyos para su hija frente a los apostólicos partidarios de CARLOS ISIDRO, descontentos con los excesos liberales de FERNANDO VII.

¿Cuáles son las causas del fracaso de nuestra primera experiencia constitucional? Razones aparentes pueden ser los propios defectos técnicos de la Constitución: excesiva limitación de los poderes del rey, enrejado como "una bestia salvaje constitucional", en un país de eminente tradición monárquica o la inexistencia del Senado que hubiese podido reducir los posibles excesos de la Cámara popular a la vez que facilitar la integración de nuestra aristocracia; o la tajante división de poderes

60 FERNANDEZ ALMAGRO, M., Ob.Cit.p.47

61 SOLE TURA, J., y AJA, E., Ob.cit.p34.

62 Se canalizará a través lo que FERNANDEZ SESGADO denomina "era de los pronunciamientos": Espoz y Mina en septiembre de 1814, Porlier en 1815, Lacy en 1817 entre otros. FERNANDEZ SESGADO, F. Ob.cit. p.67.

63 SANCHEZ AGESTA, L., Ob.cit.p.123. En palabras de TOMÁS VILLARROYA, las sociedades secretas trataban de convertirse en un gobierno paralelo que coaccionaba y aun desplazaba la acción de los poderes constituidos. Junta a estas sociedades deben situarse las sociedades patrióticas que eran reuniones de liberales exaltados en populares cafés madrileños que eran también instrumentos y ocasión para la organización de manifestaciones y asonadas que mantenían en vilo al Gobierno y al orden público. Vid. TOMÁS VILLARROYA, J. Ob.cit.p.29

que producía impasses y situaciones de crisis irresolubles. Otros argumentos más próximos a lo que podríamos llamar cultura política señalaría la enemiga del rey a todo lo que supusiera limitación a sus derechos tradicionales y su incapacidad para aprender lo que una revolución, como en parte había sido la española, pudiese suponer; o la distancia o el divorcio entre la minoría que elaboró la Constitución y la mayoría del pueblo que luchó por sus casas, su libertad y su rey.

Todas pueden ser esgrimidas sin olvidar la persistencia de la estructura social del antiguo régimen; la escasez, precariedad y ambigüedad de nuestra burguesía; el predominio de la aristocracia y el inmenso poder de la Iglesia Católica cuya función ideológica y espiritual creyó concebir en la necesidad de salvaguardar la estructura de la vieja sociedad.

Con todo, la Constitución de Cádiz es más que una Constitución singular sino una Constitución en plural. Cádiz no somos solo nosotros los españoles, sino que representa a España y América por igual. En conclusión, la obra de Cádiz, por una serie de circunstancias será admitida o rechazada, pero nunca resultará indiferente pues marcó un giro decisivo en la historia de España y de América Latina, mejor o peor aprovechado en función de los intereses en conflicto pero siempre presente. Bajo el rótulo popular de la "sagrada, la niña o la pepa", o con la denominación más oficial como Constitución Política de la Monarquía Española, CADIZ es una de las más influyentes y genuinas creaciones españolas con proyección universal y significó la renovación, la modernidad y el progreso. Siempre fue utilizada como la bandera de la libertad durante todo el siglo XIX. Se ha dicho con razón que la Constitución de Cádiz "fue piedra de escándalo, razón de sacrificios y pretexto de vilezas, sirviendo de punto de referencia a varias generaciones de españoles para fijar sus amores o sus odios"<sup>64</sup>. En todo caso, ya nada sería igual a partir de CADIZ.

CÁDIZ EN CHARCAS: CONJETURAS E INDICIOS

CÁDIZ IN CHARCAS: CONJECTURES AND EVIDENCES

*Rev. boliv. de derecho n° 12, julio 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 150-171*



Horacio  
ANDALUZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 31 de enero de 2011

**ARTÍCULO APROBADO:** 14 de febrero de 2011

**RESUMEN:** Este es un artículo de historia constitucional. Se centra en la relación entre la Constitución española de 1812 y la Constitución boliviana de 1826. Su conclusión principal niega la idea de que, porque ambas fueron cartas liberales, la primera Constitución haya influenciado a la segunda.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución de Cádiz, Constitución de Bolivia de 1826, Simón Bolívar, guerra de la independencia.

**ABSTRACT:** This is an essay on constitutional history. It focuses in the relation between the Spanish Constitution of 1812 and the Bolivian Constitution of 1826. Its main conclusion denies the assumption that because both were liberal charters, the first Constitution influenced the second one.

**KEYWORDS:** Constitution of Cádiz, Constitution of Bolivia of 1826, Simón Bolívar, Independence War.



Al partir el siglo XIX había sólo tres constituciones liberales. Estaba la de los Estados Unidos, que fue la primera, de 1787. La segunda fue la francesa, de 1791. Y la tercera fue la española, la Constitución de Cádiz de 1812. Cádiz instauraba una monarquía constitucional, regida por la separación de poderes, el sufragio universal y la soberanía nacional. Pero su duración fue efímera y su eficacia nominal. Entró en vigor el 19 de marzo de 1812 y dejó de estarlo el 4 de mayo de 1814, cuando Fernando VII la derogó por decreto, a ella y a todas las disposiciones producidas para su desarrollo. Luego el mismo Fernando VII la juró en 1820 y estuvo en vigor hasta 1823, cuando la Santa Alianza lo repuso en el trono. Recobró vigencia una última vez entre 1836 y 1837, como preludeo a la Constitución de aquel último año.

En los mismos tiempos, la Real Audiencia de Charcas, de la que nació Bolivia, se enrumbaba hacia su independencia. El período entre 1809 y 1825 fue de lucha. La separación definitiva de la metrópoli se declaró este último año; el texto original de la Constitución viene de 1826. Fue por igual una norma de cuño liberal, que inauguró un gobierno republicano de poderes limitados. Coincide con Cádiz en el tiempo, la lengua y la ideología. ¿Quiere decir esto que estuvo influenciada por aquella? Conjeturo que no. (1) Se trata de dos manifestaciones de un mismo producto cultural (el constitucionalismo liberal decimonónico); en consecuencia, por fuerza debían coincidir. Esto no es de extrañar. Es la confirmación de que se trata de dos criaturas engendradas por el mismo pensamiento: aquel que dio consistencia ideológica al *momentum* liberal, primero en Estados Unidos, después en Francia, luego, como accidente, en España, y, finalmente, en las colonias hispanas en América. (2) Las coincidencias no significan influencia. La influencia necesita de una relación de autoridad moralmente justificada, que fundamente la decisión del agente, consciente o inconscientemente influenciado, de emular su modelo de referencia. Y esto es lo que verosímelmente faltaba entre Cádiz y Charcas. Si la de Cádiz era la Constitución del poder metropolitano contra el que la insurgencia justificaba su lucha, ¿es verosímil que el pensamiento de los mismos insurgentes, ganada la independencia, reconociese autoridad a una norma de cuna metropolitana que convertía en españoles a quienes renegaban de España (artículo 1)? A mi juicio no.

• **Horacio Andaluz Vegacenteno**

Abogado (UPSA), árbitro (CAINCO), profesor de derecho. Master en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid), antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, Master of Laws-Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho (Harvard Law School). Última publicación: "Aplicación judicial de la constitución" (El País/luris Tantum/UPSA, 2010). Publicaciones relevantes: "La posición constitucional del poder judicial" (10 Revista Boliviana de Derecho 2010); "La estructura del sistema jurídico: las relaciones entre las fuentes del derecho en la Constitución vigente" (16 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010); "Más allá de Kelsen: las normas de competencia y la estructura del sistema jurídico" (9 Revista Boliviana de Derecho 2009); "El control de la constitucionalidad desde la teoría del derecho" (XXXI Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 2009); "La justicia constitucional en el Estado de Derecho" (4 Revista General de Derecho Público Comparado 2009, España); "El Derecho Internacional en el sistema de fuentes, propuesta de artículos para la Nueva Constitución de Bolivia" (15 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009); "El derecho de la sucesión de Estados" (9 Revista Colombiana de Derecho Internacional 2007); "Positivismos normativo y derecho internacional" (Plural/CERID, 2005); "Bases jurídicas para la reintegración marítima de Bolivia. La regla pacta sunt servanda como punto cero" (UPSA, 2002)..



Racionalmente, la pretensión de Cádiz era perfectamente opuesta a la pretensión independentista. Esto ya autoriza a asumir que no podía provocar sino un rechazo de plano. Objetivamente, se trataba del acto definitivo de conquista: la equiparación política de las colonias a la metrópoli no es otra cosa que la absorción sellada y lacrada. Aquí lo verosímil es la férrea oposición; no sólo a tal intento, sino al designio de atar el destino de América a los dictados ibéricos. No es casual el siguiente párrafo del "Discurso pronunciado el 3 de julio de 1811 en la Sociedad Patriótica de Caracas, por el Coronel Simón Bolívar": "¿Y qué dicen? (...) Que debemos atender a los resultados de la política de España. ¿Qué nos importa que España venda a Bonaparte sus esclavos o que los conserve, si estamos resueltos a ser libres? Esas dudas son tristes efectos de las antiguas cadenas"<sup>1</sup>.

Y, emocionalmente, lo verosímil es lo contrario: el fragor de la gesta independentista habría quitado oídos a todo lo que viniese de la antigua metrópoli, no obstante bueno o conveniente. Este es un buen ejemplo: cuando el Mariscal Sucre pidió al Congreso de 1826, que fue el encargado de aprobar el texto original de la Constitución, que diese al Teniente Coronel español Facundo Infante el grado de Coronel de Bolivia, presumiblemente José María Bozo, diputado por Santa Cruz, dijo: "Señor Presidente: acabamos de libertarnos del León de Iberia y veo por esta propuesta que se trata de crear cachorritos en Bolivia. Me opongo a esa propuesta"<sup>2</sup>. Bozo, si fue él, no era hombre de pensamiento improvisado, aunque sí de extravagancias. Naturalista, filósofo, magistrado y profesor, se recibió de abogado en 1806 y recibió las órdenes menores en 1807<sup>3</sup>. Tenía la formación y entereza suficiente para no sucumbir a patriotismos de plazoleta. Pero de nada le habría valido que Infante hubiese dirigido la oposición al absolutismo de Fernando VII, y sido diputado y secretario de las Cortes durante el trienio liberal de 1821 a 1823<sup>4</sup>. Y tampoco que hubiese ejercido una "decisiva influencia" liberal en las presidencias de Bolívar y Sucre, "primero como secretario y después como ministro", tanto que "la política en general y muy especialmente la instrucción pública lleva[n] [su] sello liberal"<sup>5</sup>. Ninguna de estas credenciales habría podido más en el juicio de Bozo que el accidente del lugar de nacimiento de Infante.

En resumen, soy de la opinión siguiente: habría más razones para negar la influencia de Cádiz en Charcas, que para afirmarla.

Esto es una conjetura. Pero a ella llevan los siguientes indicios.

- 1 En *Itinerario documental de Simón Bolívar, Escritos selectos* (1ª edición, Caracas, Ediciones de la Presidencia, 1970), p. 27.
- 2 Cit. por VÁZQUEZ MACHICADO, Humberto; *Evolución de las ideas y los partidos políticos en Bolivia*, en *Obras Completas* (1ª edición, La Paz, Don Bosco, 1988, volumen VII), p. 335.
- 3 Cf. PÉREZ FERNÁNDEZ, Marcelino; *Pensadores cruceños* (1ª edición, Santa Cruz, UPSA, 1992), pp. 27-58.
- 4 Cf. BARNADAS, Joseph M. para el *Diccionario histórico de Bolivia* (1ª edición, Sucre, Grupo de Estudios Históricos, 2002, tomo I), p. 1070.
- 5 VÁZQUEZ MACHICADO, Humberto; en *ob. cit.* en nota al pie 2, p. 333.

## II

En 1808, tras las abdicaciones sucesivas de Carlos IV y Fernando VII a favor de Napoleón, y la cesión de éste del trono español a su hermano José, se formaron en distintos lugares de España unas juntas de gobierno que pretendían gobernar en nombre del rey depuesto y preservar sus derechos al trono. Paralelamente, el 25 de mayo de 1809 se produjo en Chuquisaca un levantamiento contra el Gobernador Intendente de Charcas, destituyéndolo y formando también una junta de gobierno en su reemplazo.

La invasión napoleónica fue el momento propicio para, aparentando fidelidad a Fernando VII, plantear la independencia. Y si este fue el planteamiento, las Cortes de Cádiz y su producto, la Constitución, no habrían de convocar la simpatía de los independentistas. De la fidelidad sólo aparente al rey se convencería por su propia cuenta el Mariscal de Campo Vicente Nieto, venido a Charcas con el título de Presidente de la Audiencia. Había sido enviado por Baltasar Hidalgo de Cisneros, Virrey de Buenos Aires, para pacificar Chuquisaca tras su levantamiento. Llegó a su destino el 25 de diciembre de 1809. El 25 de mayo de 1810 el Virrey Cisneros y el gobierno español fueron depuestos por la rebelión que estalló en Buenos Aires. Esto pronto se supo en la Audiencia de Charcas. Allí Nieto recibió un pasquín fechado en "Cochabamba y Agosto 15 de 1810", que, según Humberto Vázquez Machicado, habría sido deliberadamente escrito con errores de redacción y ortografía para eludir la persecución realista, y aludiría a Francisco de Paula Sanz, Gobernador Intendente de Potosí, José González de Prada, Gobernador de Cochabamba, Jerónimo de Marrón y Lombera, Comandante de Armas del mismo sitio, y al propio Nieto, que sería el "cojo fanfarrón" al que se dirigía el pasquín, aunque esto es una suposición que Vázquez Machicado halla verosímil por haber participado Nieto en las campañas de los Pirineos y Cataluña<sup>6</sup>.

A continuación el texto. Repárese: (1) en el lenguaje con el que despectivamente se refieren a España, y (2) en la abierta provocación a la autoridad ultramarina que encierra la frase "quedaremos todos en paz y quietud, bibiendo una vida tranquila entre puros Criollos, quedando el mando en ellos como buenos republicanos":

"Mira cojo fanfarrón; tu piensas de que nosotros ignoramos de que el Rey fernando no esta ya en la sepultura con toda la casa de Borbon? Bosotros sois los que quereis hacerte Reyes, el pipon de Paula Sanz, un gran mentecato, tu cojo patituerto, pati sambo, patuleco, pati demonio, Prada cara de Judas, hipocritán, traidor; y Lombera cara de chibato lujurioso, que como saben que el Porteño biene barriendo a todos los españoles Chapetones dandoles en la cabeza, o embarcandolos y discurriendo que con bosotros ha de correr la misma fortuna, se apresuran a juntar gente para

6 VÁZQUEZ MACHICADO, Humberto; *El Pasquismo sedicioso y los prodromos de la emancipación en el Alto Perú*, en *ob. cit.* en nota al pie 2, volumen III p. 231.

contra restar al porteño que viene a sacudir el Yugo y quitarnos la carga de encima de nuestros hombros y librarnos de la esclavitud de un pirata como el español (...). Las maxims con que bosotros os manejaís bien las conocemos y penetramos con mucho sentido y si hasta aquí hemos handado sumisos y prudentes sin negarte la obediencia, hácido para segurar mejor el golpe, que baís a sufrir bosotros en brebe, y esta es la mejor ocación, la mas proporcionada, adecuada, y excelente, que quitadas estas malillas, sesaran las bullas y quedaremos todos en paz y quietud, bibiendo una vida tranquila entre puros Criollos, quedando el mando en ellos como buenos republicanos (...)”<sup>7</sup>.

Verdad de Perogrullo: quien anhela su independencia, no quiere ser español.

### III

En 1812 Fernando VII juró la Constitución de Cádiz. Con ese motivo, el Virrey Abascal, en Lima, ordenó festejos en todo el territorio del virreinato. En Chuquisaca, el Presidente de la Audiencia de Charcas, Brigadier Juan Ramírez, “ordenó replique de campanas, salvas de artillería, iluminación general durante tres noches, así como Tedeum y rogativas”<sup>8</sup>. Y, cuando Fernando VII la juró por segunda vez, la Constitución de Cádiz fue jurada en los pueblos de Charcas en octubre de 1820<sup>9</sup>. Los festejos y juramentaciones no habrían tenido mayor repercusión, aparentemente. Se trataba de actos formales, ordenados por el poder español y que conmoverían a los realistas; no de acontecimientos populares.

Sin embargo, quienes activamente preparaban la insurgencia habrían temido los efectos que la factura de Cádiz pudiese tener en sus perspectivas de independencia. Acá el rechazo es manifiesto, como lo muestra un pasquín abocado al desprestigio de las Cortes de Cádiz, que dedica su texto a alegar su invalidez. Vázquez Machicado resume lo que habría pasado por las mentes de sus autores: “como quiera que [la declaración de 16 de octubre de 1810] podría engañar a muchos patriotas y entibiarse en ellos el fuego revolucionario, era necesario desprestigiar y presentar como nulas, intrusas e ilegales a las Cortes llamadas de Cádiz”<sup>10</sup>. Queda clara la intención de negarle oídos a lo que venía de España. La justificación es la oposición de pretensiones entre el proyecto de Cádiz y el de los independentistas.

Las Cortes de Cádiz se formaron a partir de un llamado que hizo el Consejo de Regencia el 14 de febrero de 1810, convocando a la elección de diputados. A las provincias españolas les correspondía un diputado por cada cincuenta mil habitantes.

7 Cit. por VÁZQUEZ MACHICADO, Humberto; en *ob. cit.* en nota al pie 6, pp. 229-230.

8 QUEREJAZU, Roberto; *Historia de Chuquisaca*, cit. por SILES SALINAS, Jorge; *Historia de la Independencia de Bolivia* (2ª edición, La Paz, Plural, 2009), p. 204.

9 MENDOZA LOZA, Gunnar; *Monografía de Chuquisaca: historia colonial, historia de la independencia, cultura*, en *Obras Completas* (1ª edición, Sucre, Fundación Cultural del Banco Central de Bolivia/Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia, 2005, volumen I), p. 262.

10 VÁZQUEZ MACHICADO, Humberto; en *ob. cit.* en nota al pie 6, p. 233.

A las posesiones en América, en cambio, les tocaba un diputado por cada capital cabeza de partido, no obstante la solemne declaración que dijo que aquellas “no eran colonias o factorías como las de las otras naciones, sino una parte esencial e integrante de la monarquía española”<sup>11</sup>. Para el 8 de septiembre se dispuso que los emigrados americanos residentes en Cádiz eligieran a 30 diputados por América. Se pensó que éstos fueran suplentes, pero en realidad fueron los “verdaderos representantes” de las colonias, “pues de ellos, lo menos la mitad actuó en las Cortes”<sup>12</sup>. Las Cortes de Cádiz se instalaron el 24 de septiembre, con 27 representantes americanos: uno era un “diputado propietario americano”, y 26 fueron suplentes. Por la Audiencia de Charcas estaban dos: Mariano Rodríguez Olmedo, presbítero, y Antonio Zuazo, brigadier de los ejércitos reales<sup>13</sup> (su profesión ya dice, de por sí, de su partido). Para el 16 de octubre las Cortes habían publicado en su Gaceta una declaración concerniente a las colonias americanas. Tenía tres partes. En la primera se ratificaba “el inconcuso concepto de que los dominios españoles en ambos hemisferios forman una misma y sola monarquía, una misma y sola Nación y una sola familia, y que por lo mismo los naturales que sean originarios de dichos dominios europeos o ultramarinos son iguales en derechos a los de la península”. La segunda decía que “quedaba a cargo de las Cortes tratar con oportunidad y con particular interés todo cuanto pudiera contribuir a la felicidad de los de Ultramar, como también del número y forma que debiera tener en lo sucesivo la representación nacional en ambos hemisferios”. Y, la tercera, “que desde el momento en que los países de Ultramar en donde se hubieran manifestado conmociones hicieran el debido reconocimiento a la legítima autoridad soberana que se haya establecido en la madre Patria, hubiera un general olvido de cuanto hubiese ocurrido indebidamente en ellos, dejando, sin embargo, a salvo, el derecho de terceros”<sup>14</sup>.

Fue contra esta declaración que la vanguardia independentista reaccionó con el título de “Razones en que se apoya el desconocimiento de las Cortes y su absoluta nulidad”. Las razones aducidas se dirigían contra la convocatoria a las Cortes en sí misma, el desproporcionado número de representantes americanos en relación a los peninsulares y la falta de representación política de los diputados que obraban por las colonias sin haber sido elegidas por ellas. Con esto mostraban a las Cortes como el ejercicio de autoridad de un poder foráneo, intruso en los intereses americanos, que a la fuerza quería hacerles seguir su mismo destino. Y, nótese en la décimo primera razón del pasquín, el claro objetivo de que las colonias no sigan la suerte de su metrópoli (“Este Reyno separó su gobierno de Europa”):

“1ª.- La convocatoria a Cortes es privativa del Soberano, según la ley; la Regencia no es ni ha podido ser el soberano: luego no pudo convocar a las Cortes. 2ª.- Las

11 VÁZQUEZ MACHICADO, Humberto; en *ob. cit.* en nota al pie 6, p. 232.

12 VÁZQUEZ MACHICADO, Humberto; en *ob. cit.* en nota al pie 6, p. 232.

13 Cf. TREDINICK ABASTO, Felipe; *La revolucionaria Constitución de Cádiz de 1812* (3 Revista del Tribunal Constitucional, 2000), p. 75.

14 Cit. por VÁZQUEZ MACHICADO, Humberto; en *ob. cit.* en nota al pie 6, p. 232.

Cortes convocadas por una autoridad ilegítima, son ilegítimas: las actuales Cortes convocadas por la Regencia, que es una autoridad intrusa e ilegítima (como se ha demostrado hasta la evidencia): luego las actuales cortes son intrusas e ilegítimas. 3ª.- Las Cortes han nombrado Diputados a razón de uno por cien mil almas: es así que no se ha guardado con igualdad este Censo: luego no hay Cortes. 4ª.- Tres millones de hombres deben ir a las Cortes para que sean legítimos 60 representantes: el Reyno de Santa Fe tiene tres millones de hombres: luego para que las Cortes fuesen legítimas debían dar al nuevo Reyno 60 representantes; es así que no han puesto mas que tres en lugar de 60: luego las Cortes son nulas. 5ª.- Para que las Cortes fuesen legítimas cada cincuenta mil almas según lo sancionado, deben dar un representante: es así que la America Española tiene por lo menos doce millones de hombres; luego para que las Cortes fuesen legítimas debía haber en ellas 240, representantes Americanos: es así que no se hallan en ellas sino apenas 27 luego son ilegítimas las Cortes. 6ª.- Las Provincias sujetas a José Bonaparte pertenecen a éste por derecho de conquista: es así que las Provincias sujetas a Bonaparte tienen representantes en las Cortes: luego las Cortes tienen representantes de Bonaparte: es así que las Cortes en que tiene representación Bonaparte son nulas: luego las actuales Cortes son nulas. 7ª.- El mayor número de representantes en Cortes, es el que la forma o decide la Votacion; es así que el mayor número de representantes en las actuales Cortes, es de las provincias conquistadas o adheridas a José: luego los representantes de las Provincias sujetas a José forman las Cortes y deciden la votación: es así que tales Cortes son nulas, y sólo pueden ser legítimas para los Napoleonicistas: luego las tales Cortes son para nosotros ilegítimas. 8ª.- No puede haber apoderado que no haya recibido poderes e instrucciones del poderdante, es así que los representantes Americanos que están en las Cortes no han recibido poderes, ni instruccion de la América: luego no pueden ser Apoderados ni representantes de ella: es así que las Cortes donde no hay Apoderados de la América son nulas: luego las actuales Cortes son nulas. 9ª.- Para la legitimidad de las Cortes se necesita de libertad: es así que en las actuales Cortes no hay libertad: luego no son legítimas, se aprueba la menor. Por una parte la fuerza francesa, por otra la Inglesa tienen oprimidas las Cortes; por otra parte la voz Americana se halla ahogada con el excesivo número de suplentes de la España Francesa: luego en las actuales Cortes no hay libertad. 10ª.- La mayor parte debe arrastrar la menor; es así que los Americanos españoles, son mayor que los Españoles Europeos: luego la parte Americana debe arrastrar la Europea: es así que a la mayor compete el convocar las Cortes: luego le compete a la América la convocatoria de las Cortes. 11ª.- Este Reyno separó su gobierno de Europa porque el Tirano Napoleón iba conquistando la Peninsula y nos exponíamos a ser conquistados con el reconocimiento de la Regencia: es así que cada día adelanta sus conquistas y estamos expuestos con el reconocimiento de las Cortes: luego hay motivo para que cada día nos separemos mas y desconozcamos las Cortes con más empeño que la Regencia. 12ª.- Las Cortes ofrecen indultos a los Americanos siempre que no haya daño de tercero; es así que no puede haber caso en que no

haya daño de tercero en una revolución: luego no hay caso en se que se pueda verificar el indulto: luego el indulto que se ofrece por las Cortes es como el que se les ofreció a los habitantes de La Paz; como el que se ofreció a los quiteños; y como el que se ofreció en presencia del Santísimo Sacramento a los del Socorro, juramentos e indultos que fueron manchados con la sangre americana”<sup>15</sup>.

#### IV

El 16 de julio de 1809 La Paz se alzó en revolución. Igual que como ocurrió en Chuquisaca, allí también se separó de su cargo al Gobernador Intendente y se formó una junta, la Junta tuitiva de los derechos del Rey y del Pueblo. Según un documento identificado con el No. 13150 de los manuscritos de la Biblioteca Nacional de Madrid, que estuvo inédito hasta su publicación en 1957 por Vázquez Machicado, lo de tutelar los derechos del rey era una expresión retórica. Esto fue advertido en abundancia por los autores del documento referido, los caballeros Jorge de Ballivián, Benito Blas de la Abariega, Agustín de Alava, Pedro Gonzales Rubin y José de Mendizábal e Imaz, españoles todos y prófugos y refugiados en el “Puerto y Ciudad de San Marcos de Arica”, donde suscribieron su relato al Virrey de Buenos Aires el 6 de octubre de 1809. Y no estaban para nada equivocados en su apreciación de los hechos. La Junta lanzó su proclama en La Paz “a los 17 días del mes de julio de 1809” y, respecto a la desgracia de la corona española, sólo exhortaba a aprovechar su caída (“aprovechaos de las circunstancias en que estamos”):

“Compatriotas: Hasta aquí hemos tolerado una especie de destierro en el seno mismo de nuestra patria; hemos visto con indiferencia por más de tres siglos sometida nuestra primitiva libertad al despotismo y tiranía de un usurpador injusto que, degradándonos en la especie humana, nos ha mirado como esclavos; hemos guardado un silencio bastante parecido a la estupidez que se nos atribuye por el inculto español, sufriendo con tranquilidad que el mérito haya sido siempre un presagio de humillación y ruina. Ya es tiempo, pues, de sacudir yugo tan funesto a nuestra felicidad, como favorable al orgullo nacional español. Ya es tiempo, en fin, de levantar el estandarte de la libertad en estas desgraciadas colonias, adquiridas sin el menor título y conservadas con la mayor injusticia y tiranía. Valerosos habitantes de La Paz y de todo el Imperio del Perú, revelad vuestros proyectos para la ejecución; aprovechaos de las circunstancias en que estamos; no miréis con desdén la felicidad de nuestro suelo, ni perdáis jamás de vista la unión que debe reinar en todos, para ser en adelante tan felices como desgraciados hasta el presente”<sup>16</sup>.

En los párrafos que a continuación se transcriben de la “Relación imparcial de los acaecimientos de la ciudad de La Paz en la noche del 16 de julio de 1809 y

15 Cit. por VÁZQUEZ MACHICADO, Humberto; en *ob. cit.* en nota al pie 6, pp. 233-234.

16 En TRIGO, Ciro Félix; *Las constituciones de Bolivia* (2ª edición, La Paz, Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico del Honorable Congreso Nacional, 2003), p. 179.

días sucesivos", título del documento de los caballeros españoles prófugos, préstese atención al fundado sentimiento de indignación de sus suscriptores, que advierten que la defensa de la corona española es tan sólo un enmascaramiento de los afanes independentistas:

"Desde el momento en que se supo en La Paz que la introducción de los Ejercitos franceses en el territorio español bajo las apariencias de amistad y buena fe no tuvo otro objeto que el de apoderarse de la Monarquía y que dieron principio a la ejecución de este pérfido e inicuo plan, con la prisión de nuestro idolatrado Rey el Sr. Don Fernando VII, desde ese momento, decimos, tuvieron por inevitable aquella monstruosa usurpación, los cobardes para quienes el Imperio francés había llegado al mas agigantado poder; y al contrario, la España al ultimo grado de abatimiento y estado de nulidad en el orden político; (...). Como a aquel acontecimiento debía seguirse, según aquellos cobardes, pérfidos, traidores, la independencia de las Americas, empezaron desde luego a formarse en su loca fantasía, imperios, Reinos y Repúblicas y cada uno se contemplaba cuando menos acreedor al Gobierno de una Provincia, idóneo y capaz para el desempeño de un ministerio; (...), resolvieron aprovecharse de este tiempo de turbulencia y aflicción y separarse de la Metrópoli, dejando a la Madre Patria no solo envuelta en sus actuales desgracias, sino también en llorar la separación de su America, mediante a que los autores de la maldad se persuaden de que la España no podrá a un tiempo atender a dos objetos, esto es, a la expulsión de los franceses y al pronto auxilio de gente y expertos Jefes para la conservación de estos dominios. (...) estaban los traidores forjando las supuestas y falsas relaciones que debían por algun tiempo alucinar a los demás Jefes del Reino, no por eso les faltó tiempo para expedir muchas inicuas órdenes y entre ellas la de que los europeos se presentasen en la Plaza Mayor a las tres de la tarde; así en efecto se hizo y entre la descompasada vocinglería e insultos de infinita plebe profanando con escándalo el retrato de nuestro Augusto y desgraciado Soberano Fernando VII que desde la primera noche se colocó en aquel puesto para solapar y escuchar sus designios, ante el Ilustre Cabildo y en manos de uno de sus Regidores y es D. Juan Bautista Sagarraga conocido y temido siempre por uno de los mayores traidores a la Corona hubimos de hacer juramento uno después de otro y aunque según era nuestra sorpresa no podremos dar razon de su fórmula en el todo tenemos presente ser reducido en lo principal a lo siguiente: Jura V. hacer causa comun con los Americanos? Jura Vd. Ir con sus sistemas y opinión? Jura V. no atentar contra sus vidas? Siendo de notar que para encubrir la malicia que encierran en sí estos puntos agragaban: Jura V. igualmente ser fiel a Fernando VII? Y de aquí es que el pasaje humillante de exigir juramento de fidelidad al Soberano unos hombres declaradamente enemigos y traidores al Rey a unos hombres fieles y amantes vasallos de tan suspirado Monarca en cuya defensa sacrificarán gustosos sus vidas y haciendas; (...). (...) réstanos indicar los fines a que todo se dirige y de los cuales estamos impuestos por algunos de los mismos revoltosos con los disparatados términos siguientes: Si los franceses (dicen) dominan

la España parece ser consiguiente que alguno de la familia Real se traslade a esta América y establezca su solio en Lima o Buenos Aires, y como de este principio resultaría el engrandecimiento únicamente de la Ciudad donde resida la Corte y absorbiéndose esta las riquezas de las provincias interiores, nunca estas saldrían del estado de inercia ya abatimiento en que se hallan. Conviene (añaden) suceda o no el caso de la dominación francesa, preparar y disponer los pueblos al intento de que las provincias del Perú se declaren por confederadas independientes y a La Paz por Capital de ellas para que así obtenga entre las ciudades del mundo el lugar y representación celebre de una Berna”<sup>17</sup>.

A mayor abundamiento, los autores de la “Relación imparcial” dieron señales biográficas de los protagonistas de la Junta. Coinciden todos en su vocación independentista. De Pedro Domingo Murillo, su Presidente y principal figura de la revolución de La Paz, dijeron que “fue preso por considerarlo autor de unos pasquines dirigidos a un igual caso al presente”. A Gregorio Lanza, vocal y otro de los principales partícipes en la revolución, lo describieron como persona “con inclinación e ideas de Independencia”. De Juan Basilio Catacora, también vocal, se dijo que “en ocasiones ha manifestado sentimientos sanguinarios y revolucionarios”. De José Antonio de Medina, que era “inclinado a las ideas de independencia”. Y, de Melchor León de la Barra, que era “sedicioso, enemigo declarado de los europeos, juramentado para atentar contra la Corona”<sup>18</sup>.

## V

El sentido de oportunidad de los independentistas que revelan los indicios anteriores (II a IV) no debe sorprender. Tampoco debe hacerlo el hecho de que el discurso republicano no se hubiese planteado, desde un inicio, en forma abierta y explícita. En sus inicios, la lucha por la independencia se hizo a hurtadillas y con conductas ambiguas. A la vez que se proclama fidelidad a Fernando VII, se constituían juntas que tutelasen los derechos del pueblo en caso de que no retornase al trono.

El siguiente es un “Testimonio de fidelidad y amor a nuestro monarca augusto Sr. Don Fernando VII”, leído en la Real Academia Carolina de Practicantes Juristas, especie de seminario de dos años de duración para que los candidatos a la abogacía se familiarizaran con la legislación vigente: “Los americanos, los fieles vasallos de la lejana América, acompañan a su caro Rey en la desgracia que sufre, cubiertos de luto y desolados: en el país del horror y los delitos, donde le detiene oprimido la injusticia, allí le respetan, allí le aman, allí proclaman su soberanía; y menospreciando al sacrílego usurpador de sus derechos, a quien no temen ni obedecen de unánime concierto reaniman la lealtad un amor eterno”<sup>19</sup>. Pero mientras este era el discurso

17 Cit. por VÁZQUEZ MACHICADO, Humberto; *La Revolución de La Paz en 1809* en *ob. cit.* en nota al pie 6, pp. 269-280.

18 Cit. por VÁZQUEZ MACHICADO, Humberto; en *ob. cit.* en nota al pie 17, pp. 273, 276 y 277.

19 Cit. por MORENO, Gabriel René; *Últimos días coloniales en el Alto Perú* (1ª edición, La Paz, Juventud), p. 244.



público, corría por debajo el siguiente razonamiento, descrito por Gabriel René Moreno ya en 1896, y que llevaba a un solo resultado: la independencia, porque, si el “amado” rey sigue vivo, igual “ya no volverá”:

“El silogismo con que los doctores hicieron la revolución altoperuana, y cuya fuerza peripatética hizo saltar a la arena política a todos los audaces de su gremio y a no pocos tímidos incautos fue el siguiente: Mayor: el vasallaje colonial es tributo debido no a España, sino a la persona del legítimo rey borbónico de España; Menor: Es así que nuestro legítimo y recién jurado rey y señor natural don Fernando VII abdicó junto con toda la familia borbónica de España y ya no volverá. Consecuencia: Luego la monarquía está legal y definitivamente acéfala por vacancia del trono, debe ser desobedecido el rey Bonaparte o cualquier otro que España quiera darse, deben cesar en sus funciones los actuales delegados y mandatarios de la extinta autoridad soberana, y deben en este caso proveer por sí mismas las provincias altas a su propio gobierno supremo con calidad por ahora mientras no constare auténticamente la muerte de nuestro amado rey don Fernando VII, y hasta que se presente legítimo sucesor al señorío de estas Américas”<sup>20</sup>.

## VI

En 1947 Gunnar Mendoza publicó un artículo que llevó por título “Influencia de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América en el Acta de Independencia del Alto Perú”. Como método, partió por diferenciar las “similitudes y disimilitudes que podemos llamar forzosas o espontáneas”, que provienen, respectivamente, “de la analogía general de las situaciones a que responden tales documentos” y “de la diferencia de circunstancias peculiares a uno y otro dentro, no obstante, de la similitud general”, con las “analogías que no pueden ser forzosas desde el momento en que ya no aluden a situaciones generales semejantes”<sup>21</sup>. Comparto su método, en el sentido que está dicho en el punto I. Sometidos ambos textos a su análisis, Mendoza concluyó que había una influencia patente, en lo que hace a analogías no forzosas, de la Declaración americana en el Acta boliviana, aunque era una “influencia más bien fraseológica que ideológica”<sup>22</sup>. Esta fue la prueba que llamó “intelectual”<sup>23</sup>:

“Al hablar de la obra de muerte, desolación y tiranía de Gran Bretaña, la declaración norteamericana señala las “circumstances of cruelty and perfidy scarcely paralleled in the most barbarous ages”, y la declaración altoperuana se refiere a “La sangre de miles de mártires de la patria ultimados con suplicios atroces que estremecerían a los caribes”. Se insinúa aquí un parentesco expresivo entre ambos

20 MORENO, Gabriel René; en *ob. cit.* en nota al pie 19, p. 385.

21 MENDOZA LOZA, Gunnar; *Influencia de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América en el Acta de Independencia del Alto Perú*, en *ob. cit.* en nota al pie 9, volumen VI, pp. 3-5.

22 MENDOZA LOZA, Gunnar; en *ob. cit.* en nota al pie 21, p. 8.

23 MENDOZA LOZA, Gunnar; en *ob. cit.* en nota al pie 21, p. 6.

textos, si bien podría decirse que es apenas un parentesco de cuarto o quinto grado. La afinidad se hace próxima al referirse el texto norteamericano a “certain unalienable rights, that among these are life, liberty”, así como a los conceptos de “safety” y “security” en tanto que el texto altoperuano trae a cuento los “sacrosantos derechos de honor; vida, libertad, igualdad, propiedad y seguridad”. El aire de familia es más perceptible en el pasaje donde los norteamericanos proclaman que, al adoptar la independencia, “a decent respect to the opinions of man kind requires that they should declare the causes which impel them to the separation”, equivalente al pasaje altoperuano que expresa, al proclamar este mismo derecho: “creemos llenar nuestro derecho de respeto a las naciones extranjeras, y de información consiguiente, de las razones poderosas y justos fundamentos impulsores de nuestra conducta”. La coincidencia se va precisando mayormente en presencia de cláusulas como las siguientes: “When, in the course of human events it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another”. “Cuando, pues, nos llega la vez de declarar nuestra independencia... y decretar nuestro futuro destino”, etc. Hay en las dos expresiones, por el simple pero sugerente uso de la partícula “when”, “cuando”, presidiendo dos períodos que expresan la misma idea, un neto ambiente de identidad. Las analogías cobran aún más cuerpo cuando las colonias norteamericanas “solemnly publish and declare [...] that they are absolved from all allegiance to the British Crown”, al paso que las provincias altoperuanas “declaran solemnemente” que cesa su condición de colonia de España “junto con toda dependencia, tanto de ella como de su actual y posteriores monarcas”. Los norteamericanos hacen esta declaración “appealing to the Supreme Judge of the world for the rectitude of our intentions”, y los altoperuanos por su parte la hacen “habiendo implorado...la paternal asistencia del Hacedor Santo del Orbe...despojándose...de todo espíritu de parcialidad, interés y miras privadas”. Los legisladores norteamericanos: “for the support of this declaration, with a firm reliance on the protection of Divine Providence, we mutually pledge to each other our lives, our fortunes, and our sacred honor”. Las provincias del Alto Perú, “para la invariabilidad y firmeza de esta resolución se ligan, vinculan y comprometen por medio de esta representación soberana, a sostenerla tan firme, constante y heroicamente que en caso necesario sean consagrados con placer a su cumplimiento, defensa e inalterabilidad, la vida misma, con los haberes y cuanto hay más de caro en el hombre”. La relación se hace obvia cuando el texto norteamericano denuncia que el rey de Gran Bretaña ha enviado a América enjambres oficiales “to harass our people, and eat out their substance”, y el texto altoperuano proclama por su parte que España “ha despedazado el desgraciado cuerpo de América y nutrídose con su substancia”. Esta final identidad literal tiene el valor de toda una clave para mostrar cómo las identidades y semejanzas que hemos señalado no son meramente casuales o causales sino que un texto ha influido en el otro”<sup>24</sup>.

24 MENDOZA LOZA, Gunnar; en *ob. cit.* en nota al pie 21, pp. 5 y 6.

A su prueba intelectual, Mendoza añadió una “prueba material” que, dijo, le permitía “presentar al autor del acta de independencia altoperuano prácticamente con un ejemplar de la declaración de independencia norteamericana en la mano”<sup>25</sup>. El Acta de Independencia fue redactada por José Mariano Serrano, que presidía la Asamblea General del Alto Perú, y fue aprobada el 6 de agosto de 1825. Días antes había aparecido en la Gaceta de Chuquisaca una invitación general a una “suscripción voluntaria en volúmenes o en dinero”, para dar nacimiento a la primera biblioteca pública del país, que luego devendría en la Biblioteca Nacional de Bolivia. La misma gaceta publicó en septiembre del mismo año un listado de “Señores suscriptores de la Biblioteca pública”, y a la cabeza figura el “excelentísimo señor Presidente de la Asamblea General, doctor don José Mariano Serrano”, con “una obra intitulada Actas y resoluciones de los Congresos de Norte América desde el primero, nueve tomos pasta”<sup>26</sup>. Cuenta Mendoza que la biblioteca pública no nació de ese primer intento, ocasionando que los libros fuesen devueltos a sus donantes. En 1828 se hizo un segundo intento y, “dando salida quizá a algún rencorcillo propio del medio y del momento”<sup>27</sup>, se reclamó coactivamente la obra a su propietario. Así lo dice el propio Serrano, en una nota manuscrita de su puño y letra que Mendoza encontró en la portada del volumen I: “Esta obra fue del Dr. José Mariano Serrano, quien la regaló a la Biblioteca de esta capital, con algunas otras, pero no mereció siquiera un gracias del gobierno, y lejos de eso el señor Prefecto puso una providencia para recogerla de su poder y se mandó al efecto un comisario con un gendarme, tal vez ignorando la circunstancia referida. Pero de todos modos, este fue el fruto del regalo”<sup>28</sup>.

El grado de conocimiento del inglés por parte de Serrano es, según Mendoza, un “problema marginal”. El solo hecho de haber tenido la obra dicha en su biblioteca le sugiere que tenía algún dominio de esa lengua: “es lícito afirmar que este libro fue la fuente de inspiración donde el autor del acta de independencia del Alto Perú recogió la influencia de la declaración de independencia norteamericana sobre la altoperuana”<sup>29</sup>.

## VII

El de José Mariano Serrano no era un caso atípico. Aunque está claro que el pensamiento revolucionario se formó en el claustro universitario, bajo el manto sacro del naturalismo teológico, los doctores de Charcas, seguidores de Santo Tomás y de Francisco Suárez, tuvieron acceso a bibliografía liberal americana y francesa que, llegado el tiempo de poner a andar la república, pudo haber sido abrevadero directo de los noveles políticos.

25 MENDOZA LOZA, Gunnar; en *ob. cit.* en nota al pie 21, p. 6.

26 *Cit. por* MENDOZA LOZA, Gunnar; en *ob. cit.* en nota al pie 21, p. 7.

27 MENDOZA LOZA, Gunnar; en *ob. cit.* en nota al pie 21, p. 7.

28 *Cit. por* MENDOZA LOZA, Gunnar; en *ob. cit.* en nota al pie 21, pp. 7 y 8.

29 MENDOZA LOZA, Gunnar; en *ob. cit.* en nota al pie 21, p. 8.

Se sabe que en la biblioteca particular del deán de Charcas, Matías Terrazas, gracias a su posición que lo eximía de la lista de los libros prohibidos por la inquisición, estaban Rousseau y Montesquieu, y que ella estuvo a disposición de líderes emancipadores como Mariano Moreno<sup>30</sup>. Y también se sabe que Vicente Pazos Kanki, bajo el seudónimo de Anselmo Natien, tradujo al español el “Common Sense” de Paine, cuyo original está en la Biblioteca Nacional de Bolivia con el título de “Reflexiones políticas escritas bajo el título de Instinto Común por el ciudadano Tomás Payne y traducidas abreviadamente por Anselmo Natien, indígena del Perú. Impreso en Londres por cuenta de su mismo traductor”<sup>31</sup>. El mismo Pazos Kanki publicó en París, en 1825, su “Compendio de la historia de los Estados Unidos de América”, en 422 páginas<sup>32</sup>. Y fue este mismo desde Buenos Aires, en su “Breve observación de los documentos publicados en el No. 55 de El Censor”, quien respondió, en el número de la Crónica Argentina de 22 de septiembre de 1816, a las proclamas de Belgrano y Güemes exponiendo sus ideas monárquicas tendientes a la restauración incaica, aparecidas el 12 de septiembre de 1816. Allí se refirió al “floreciente gobierno del Norte de América”, en el que se ve “una democracia sin desorden, y no es tan fácil presentar aristocracias sin insolencia, ni monarquías (aún constitucionales, si es que hay o puede haber alguna más que la de Inglaterra) sin tiranía y sin usurpación”. Y se preguntaba: “¿Nos proporcionaría [el restablecimiento de la casa de los Incas] algunas ventajas mayores que las que lograremos gobernados, por ejemplo, por un sistema como de la América del Norte?”<sup>33</sup>.

Es muy cierto que el de Pazos Kanki fue un caso excepcional. Nacido en La Paz, estudió teología en el Cuzco, se doctoró en 1804 y en 1806 fue ordenado sacerdote. En Buenos Aires tomó parte activa en la política, editando dos periódicos de importancia para el pensamiento independentista, La Gaceta y El Censor. Se fue exiliado a la Gran Bretaña. En 1816 retornó a Buenos Aires y editó La Crónica Argentina. Una segunda vez fue exiliado, esta vez a Estados Unidos, y allí fue parte de un “intento frustrado de expulsar a los españoles de la Florida”<sup>34</sup>. Pero conoció a Montesquieu, Mirabeau, Locke, Raynal, Smith y Voltaire en el mismo lugar que tradujo a Paine: en Chuquisaca<sup>35</sup>. Por tanto, así como él, otras mentes de la emancipación pudieron también formarse en las doctrinas liberales acudiendo directamente a sus fuentes clásicas, como fueron los casos de Moreno y Serrano. La mención, por ejemplo, a “nuestra primitiva libertad”, dicha en la proclama de la Junta tuitiva de los derechos del Rey y del Pueblo de La Paz, patentiza que sus redactores conocían el lenguaje del contractualismo liberal.

30 MENDOZA LOZA, Gunnar; en *ob. cit.* en nota al pie 21, p. 9.

31 ARNADE, Charles W.; *La dramática insurgencia de Bolivia* (1ª edición, La Paz, Juventud), pp. 19 y 299.

32 ARNADE, Charles W.; en *ob. cit.* en nota al pie 31.

33 PAZOS KANKI, Vicente; *Breve observación de los documentos publicados en el No. 55 de El Censor*, en OBLITAS FERNÁNDEZ, Edgar; *La polémica en Bolivia* (1ª edición, La Paz, Temis, 1997, tomo I), pp. 175 y 177.

34 ARNADE, Charles W. para *ob. cit.* en nota al pie 4, tomo II, p. 499.

35 Cf. OBLITAS FERNÁNDEZ, Edgar; en *ob. cit.* en nota al pie 33, p. 157.

Ya llegada la república, la influencia francesa se hizo incluso oficial: el decreto reglamentario de 28 de octubre de 1827 prescribía que “el Derecho Público se enseñará por ahora por Benjamín Constant, mientras haya otra obra elemental más acomodada a la forma de Gobierno, adoptada en la República. La Constitución y las leyes orgánicas se estudiarán en su texto original”<sup>36</sup> (artículo 134).

## VIII

El texto original de la Constitución lo redactó Bolívar de su puño y letra, viene de 1826, año de su aprobación. Por fuente documental se tiene, además del texto de la Constitución, el “Mensaje de Bolívar al Congreso Constituyente de Bolivia”. Allí no hay mención, ni tangencial siquiera, a España ni a Cádiz. Pero si hubo alguna influencia debe buscársela en las analogías que “no aluden a situaciones generales semejantes”, para seguir el método de Mendoza que, por cuestión de coherencia, estoy obligado a seguir al haber aceptado sus conclusiones respecto a la influencia de la Declaración de Independencia de Estados Unidos en el Acta de Independencia del Alto Perú.

En su mensaje, Bolívar destaca cuatro aspectos distintivos de la Constitución de 1826, que le darían su originalidad. (1) La constitución de un cuarto poder, el electoral, (2) una presidencia vitalicia, (3) la organización de un legislativo de tres cámaras, de tribunales, senadores y censores, y (4) la elección popular de los precandidatos a jueces.

Comenzando por el último, quería Bolívar con tal mecanismo de preselección garantizar la independencia de los jueces de la república: “El poder judicial que propongo goza de una independencia absoluta: en ninguna parte tiene tanta. El pueblo presenta los candidatos, y el legislativo escoge los individuos que han de componer los tribunales. Si el poder judicial no emana de este origen, es imposible que se conserve en toda su pureza la salvaguardia de los derechos individuales. Estos derechos, legisladores, son los que constituyen la libertad, la igualdad, la seguridad, todas las garantías del orden social. La verdadera constitución liberal está en los códigos civiles y criminales; y la más terrible tiranía la ejercen los tribunales por el tremendo instrumento de las leyes”<sup>37</sup>. Su motivación queda clara del párrafo transcrito. Sobre este tema no confiesa influencia normativa alguna, moderna o antigua.

Respecto a las tres cámaras legislativas, quiso con ellas dar equilibrio interno al órgano. “El cuerpo legislativo tiene una composición que lo hace necesariamente armonioso entre sus partes: no se hallará siempre dividido por falta de un juez árbitro, como sucede donde no hay más que dos cámaras. Habiendo aquí tres, la discordia entre dos queda resuelta por la tercera; y la cuestión examinada por dos partes contendientes y una imparcial que la juzga: de este modo ninguna ley útil queda

<sup>36</sup> Cit. por TRIGO, Ciro Félix; en *ob. cit.* en nota al pie 16, p. 38.

<sup>37</sup> En TRIGO, Ciro Félix; en *ob. cit.* en nota al pie 16, p. 194.

sin efecto, o por lo menos, habrá sido vista, una, dos y tres veces, antes de sufrir la negativa". Y respecto a las competencias de cada cámara, las de los censores son las destacables a estos efectos: "Los censores ejercen una potestad política y moral que tiene alguna semejanza con la del areópago de Atenas, y de los censores de Roma". "Son los censores los que protegen la moral, las ciencias, las artes, la instrucción y la imprenta". Así como en este punto reconoce expresamente haberse inspirado, en lo que cabe, en el pasado helénico y romano, también, en lo que respecta a las tres cámaras, reconoce expresamente su afán de no seguir el modelo bicameral ni el monocameral: "Los congresos modernos, me dirán, se han compuesto de solas dos secciones. Es porque Inglaterra, que ha servido de modelo, la nobleza y el pueblo debían representarse en dos cámaras; y si, en Norte América se hizo lo mismo sin haber nobleza, puede suponerse que la costumbre de estar bajo el gobierno inglés le inspiró esta imitación. El hecho es que dos cuerpos deliberantes deben combatir perpetuamente; y por esto Sieyes no quería más que uno. Clásico absurdo"<sup>38</sup>.

Hasta aquí Cádiz no aparece como fuente de inspiración. Y aunque la presidencia vitalicia de la Constitución de 1826 podría delatar parentescos con una monarquía constitucional como la que Cádiz quería instaurar; lo cierto es que acusar tal vínculo sería apresurado. (1) Porque de la cita anterior ya queda dicho que Bolívar conocía el sistema constitucional británico, así que antes de fijarse en el intento que dio la Constitución de 1812, se habría fijado, más bien, en aquel, que fue la fuente primera. (2) Porque, con todo lo contradictorio del lenguaje, la presidencia vitalicia se inspiró en modelos republicanos. Mírese que toma el modelo, según su entender, de Haití y Estados Unidos: "El presidente de Bolivia participa de las facultades del ejecutivo americano, pero restricciones favorables a su pueblo. Su duración es la de los presidentes de Haití. Yo he tomado para Bolivia el ejecutivo de la República más democrática del mundo. La isla de Haití (permítaseme esta digresión) se hallaba en insurrección permanente: después de haber experimentado el imperio, el reino, la república, todos los gobiernos conocidos y algunos más, se vio forzada a ocurrir al ilustre Petión para que la salvase. Confiaron en él, y los destinos de Haití no vacilaron más. Nombrado Petión presidente vitalicio con facultades para elegir el sucesor; ni la muerte de este grande hombre, ni la sucesión del nuevo presidente, han causado el menor peligro en el estado: todo ha marchado bajo el digno Boyer, en la calma de un reino legítimo. Prueba triunfante de que un presidente vitalicio, con derecho para elegir el sucesor, es la inspiración más sublime en el orden republicano. El presidente de Bolivia será menos peligroso que el de Haití, siendo el modo de sucesión más seguro para el bien del estado. (...). En el gobierno de los Estados Unidos se ha observado últimamente la práctica de nombrar al primer ministro para suceder al presidente. Nada es tan conveniente, en una república, como este método; reúne la ventaja de poner a la cabeza de la administración un sujeto experimentado en el manejo del estado. Cuando entra a ejercer sus funciones, va formando y lleva

38 En ob. cit. en nota al pie 37, pp. 190 y 191.

consigo la aureola de la popularidad, y una práctica consumada. Me he apoderado de esta idea y la he establecido como ley. El presidente de la república nombra al vicepresidente, para que administre el estado y le suceda en el mando"<sup>39</sup>. Puede acusarse que el modelo propuesto llevaría al despropósito, que él cita como mérito en Haití, de fundar un gobierno de poderes limitados en la templanza de la persona del presidente, y no en la constitución republicana. Y puede también acusársele de una apreciación errónea del sistema constitucional americano. Ya de esto dio indicios cuando creyó que el bicameralismo estadounidense se fundaba en la herencia inglesa (citado en lo referente a las tres cámaras legislativas), cuando su fundamento no es la división de clases, sino de territorios, el federal y los estatales. Pero queda dicho que no estaba proyectando, a su entender, una monarquía constitucional. Esto excluye alguna influencia de Cádiz en la presidencia vitalicia.

Queda el tema del poder electoral. Ya la Constitución de Cádiz había dedicado buena parte de su articulado al tratamiento minucioso de las juntas electorales de parroquia, de partido y de provincia (artículos 34 a 103), que debían celebrarse para la "elección de los Diputados de Cortes" (artículo 34). Por su parte, en la Constitución de 1826 el poder electoral lo ejercían "inmediatamente los ciudadanos en ejercicio, nombrando por cada ciento un elector" (artículo 20), y estos electores, a su turno, formaban el cuerpo electoral (artículo 23). Hay dos argumentos para negar que las juntas electorales de Cádiz fueran inspiración del poder electoral. (1) A pesar de su identidad como mecanismos de elección, el poder electoral pretendió ser, por definición, un órgano constituido. De ahí que mientras las juntas se celebraban para la elección de diputados y allí agotaban sus funciones, al cuerpo electoral correspondía una verdadera asignación de competencias (artículo 26). La entidad de ambos conceptos era, pues, distinta. (2) En lo que el poder electoral y las juntas de Cádiz comparten identidad en tanto que mecanismos de elección, el uso de la palabra federal en el propio dicho de Bolívar permite conjeturar que se habría fijado en Estados Unidos: "El proyecto de constitución para Bolivia está dividido en cuatro poderes políticos, habiendo añadido uno más, sin complicar por esto la división clásica de cada uno de los otros. El electoral ha recibido facultades que no le estaban señaladas en otros gobiernos que se estiman entre los más liberales. Estas atribuciones se acercan en gran manera a las del sistema federal. Me ha parecido no sólo conveniente y útil, sino también fácil, conceder a los representantes inmediatos del pueblo los privilegios que más pueden desear los ciudadanos de cada departamento, provincia y cantón. Ningún objeto es más importante a un ciudadano que la elección de sus legisladores, magistrados, jueces y pastores. Los colegios electorales de cada provincia representan las necesidades y los intereses de ellas, y sirven para quejarse de las infracciones de las leyes y de los abusos de los magistrados. Me atrevería a decir con alguna exactitud que esta representación participa de los derechos de que

39 En *ob. cit.* en nota al pie 37, pp. 192 y 194.

gozan los gobiernos particulares de los estados federales<sup>40</sup>. Las dos referencias al federalismo llevan a pensar en el colegio electoral creado por la Constitución de los Estados Unidos de 1787. En tiempos de Bolívar la única federación moderna era la americana. De hecho, fue la Convención de Filadelfia la que innovó el término, que hasta ese momento significaba confederación (era el *pactus foedus* de la antigüedad). Sólo podría estar refiriéndose a aquella, porque ni en la antigüedad ni en los días de hoy la ciudadanía elige a los representantes de una confederación, y lo que él buscaba era, más bien, acercar al ciudadano a sus representantes. Sin embargo, Pierangelo Catalano opina que la superación del “modelo tripartito de Montesquieu” se produce en Bolívar por su inspiración rousseaiana<sup>41</sup>. Cualquiera sea la respuesta (y cabe que el federalismo americano le haya servido de instrumento para materializar su influencia doctrinaria), la influencia de Cádiz sigue quedando fuera.

## IX

La otra fuente documental es la propia Constitución de 1826. Hay en ella ciertas coincidencias con la Constitución de Cádiz que denotan el conocimiento de su texto. Así, mientras en Cádiz se decía que “La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios” (artículo 1), en Bolivia se dijo que “La Nación boliviana es la reunión de todos los bolivianos” (también artículo 1). Lo mismo, el artículo 2 de la Constitución de Cádiz decía que “La Nación española es libre é independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona”, y el artículo 2 de la Constitución de Bolivia que “Bolivia es, y será para siempre, independiente de toda dominación extranjera; y no puede ser patrimonio de ninguna persona ni familia”. Y en ambos países, por ley, se haría la “división más conveniente” del territorio (artículo 11 en España y 5 en Bolivia).

También en ambos casos el acceso a la justicia dependía del agotamiento previo de la conciliación: “Sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación no se entablará pleyto alguno” (artículo 284 de la Constitución de Cádiz), y “Habrà jueces de paz en cada pueblo para las conciliaciones; no debiéndose admitir demanda alguna civil o criminal de injurias, sin este previo requisito” (artículo 117 de la Constitución de Bolivia). Y en lo que hace a las garantías del debido proceso, “Ningún español podrá ser preso sin que preceda información del hecho por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión” (artículo 287), y “Ningún boliviano puede ser preso, sin precedente información del hecho, por el que merezca pena corporal, y un mandamiento escrito del juez ante quien ha de ser presentado” (artículo 122). Y el texto común de los artículos 292 de la Constitución española y 124 de la boliviana, decía “En fraganti todo delincuente

40 En *ob. cit.* en nota al pie 37, p. 190.

41 Cf. CATALANO, Pierangelo; *Principios constitucionales bolivarianos: origen y actualidad* (2 El nuevo Derecho Constitucional latinoamericano, 1996), p. 547.



puede ser arrestado" para conducirlo a la "presencia del juez". Y "No se usará del tormento ni de los apremios", ni "Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes" (artículos 303 y 304 de la Constitución de Cádiz), y en Bolivia "No se usará jamás del tormento, ni se exigirá confesión por apremio", y "Queda abolida toda confiscación de bienes, y toda pena cruel y de infamia trascendental" (artículos 126 y 127), al igual que en España "Ninguna pena que se imponga, (...) ha de ser trascendental por término ninguno á la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció" (artículo 305).

Finalmente, en materia tributaria, "Las contribuciones se repartirán entre todos los españoles con proporción á sus facultades, sin excepciones ni privilegio alguno" (artículo 339), y en Bolivia "Las contribuciones se repartirán proporcionalmente, sin ninguna excepción ni privilegio" (artículo 153).

Ninguna de estas va más allá de ser una semejanza de redacción. Que es muy probable que ellas fueran deliberadas, es un hecho. Esto se intuye sobre todo en las menciones a "ningún español" (artículo 287) y a "ningún boliviano" (artículo 122). En ambos casos pudo decirse "nadie". No haber usado este pronombre en la Constitución de Bolivia sugiere que se tomó el texto español tal cual y se cambió sólo lo referente a la nacionalidad. Lo mismo respecto al latinazgo "fraganti", que pudo ser reemplazado por su versión castiza flagrante. Y también respecto al texto del artículo 127 de la Constitución de 1826, que abruptamente termina con las palabras "infamia trascendental", lo que sugiere que su texto hubiese resultado de, a la vez, una fusión de los artículos 304 y 305 de la Constitución de Cádiz y un cercenamiento de este último, obscureciendo el texto que en su versión original era claro.

Nótese que todas las coincidencias textuales se refieren a cuestiones comunes a cualquier constitución liberal (el concepto de nación y garantías procesales y tributarias), y no a aspectos distintivos u originales aparecidos en Cádiz. De todos los indicios que se llevan dichos, si alguno habría a favor de afirmar una influencia de Cádiz en Charcas, sería tan sólo este recuento de coincidencias textuales. Y este indicio es menos convincente que los otros, que llevan a negar tal influencia. Si hay una constante en los últimos días coloniales, ella está constituida precisamente por los afanes de la independencia. Esto habría desembocado en que se viese a las Cortes de Cádiz y su Constitución como un acto de conquista en el pleno sentido de la expresión: una pretensión foránea enemiga de la pretensión independentista que mantenía al continente en pie de lucha. En este contexto, no creo que las coincidencias fraseológicas revelen una influencia, en el sentido de reconocimiento de valores que merecen ser emulados, sino la satisfacción de una necesidad práctica inmediata. Acá hace perfecto sentido la coincidencia en el idioma de ambas constituciones. Mientras Bolívar pudo muy bien encontrar sus ideas en Estados Unidos, Haití, Atenas y Roma,

o Rousseau, también pudo tomar la redacción de España en todo lo que fuese general al modelo liberal. No hay el esfuerzo de traducir un texto y tomar de él su vigor argumentativo, que es lo que sí hubo entre la Declaración de Independencia de Estados Unidos y el Acta de Independencia del Alto Perú. Lo que hubo entre la Constitución de Cádiz y la de Bolivia de 1826 fue un auxilio técnico: el de ofrecer un fraseo en español para ciertas consecuencias normativas específicas de un modelo político ya abrazado de antemano. Si Cádiz no hubiese ocurrido, Bolivia por igual hubiese tenido su Constitución de 1826. Era el hado de los tiempos. La influencia en Charcas debe buscársela en la irresistible fuerza del pensamiento liberal. Que España haya tenido un momento liberal en el último tramo de la colonia, no significa que haya formado en los independentistas la convicción de decantarse por el liberalismo. Significa que tampoco ella pudo resistirse al empuje del pensamiento liberal.



ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS MÁS DESFAVORECIDOS  
Y UNIÓN EUROPEA

ACCESS TO JUSTICE TO THE LEAST-FAVoured PEOPLE  
AND EUROPEAN UNION

*Rev. boliv. de derecho n° 12, julio 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 172-203*

Virginia  
PARDO y  
Rosa  
PASCUAL

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 21 de enero de 2011

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de febrero de 2011

**RESUMEN:** Uno de los derechos vinculados al de acceso a la justicia es el beneficio de gratuidad que permite que aquél se realice de forma efectiva también respecto de las personas que carecen de medios para litigar. Los distintos ordenamientos suelen garantizar el acceso a la justicia de los más desfavorecidos, ahora bien lo habitual es que limiten tal derecho a los litigios nacionales olvidando los cada vez más frecuentes litigios transnacionales –piénsese en un proceso celebrado en Chile entre un chileno y un boliviano-. El presente artículo estudia la Directiva 2003/8/CE dictada en el ámbito de la Unión Europea relativa a la asistencia gratuita en litigios transfronterizos como posible ejemplo para futuras regulaciones que en el ámbito de Latinoamérica puedan dictarse.

**PALABRAS CLAVE:** Acceso a la justicia, asistencia jurídica gratuita, litigios transfronterizos.

**ABSTRACT:** One of the rights related to the access to Justice is to have it acceded it free of cost, which permits that the first also be achieved by those who have no means to litigate. The majority of the law orders use to ensure the access to Justice to the least-favoured people, although this right usually is limited to those conflicts where only national Court take part, excluding those where “transnational” litigation — more frequent nowadays — take place (v. g., just imagine a process taking place in Chile, between a Chilean and a Bolivian). This paper approaches the Directive n° 2003/8/CE from European Union, about the pro bono legal assistance on transnational litigation as an example to future regulation to be approved on Latin America.

**KEY WORDS:** Access to Justice; Pro bono legal assistance; transnational litigation.

**Sumario:** I. CONSIDERACIONES GENERALES: 1. Introducción.- 2. Objetivo de la Directiva.- 3. Ámbito de aplicación de la Directiva: A. Ámbito de aplicación territorial.- B. Ámbito de aplicación material.- C. Ámbito de aplicación personal.- II. CONDICIONES DE LA JUSTICIA GRATUITA: 1. Condiciones relativas a los recursos financieros.- 2. Condiciones relativas al fondo del litigio.- III. ALCANCE DE LA JUSTICIA GRATUITA: 1. Gastos vinculados al carácter transfronterizo del litigio.- 2. Gastos cubiertos por el Estado del domicilio o residencia habitual del solicitante.- 3. Principio de continuidad de la justicia gratuita.- IV. PROCEDIMIENTO: 1. Procedimiento “comunitario”.- 2. Transmisión de la solicitud- 3. Procedimiento “interno”.- 4. Recurso.

---

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

### I. Introducción

El derecho a la tutela judicial efectiva es uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos (art. 24 Constitución española; art. 115 Constitución boliviana: derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural). Este derecho supone, no sólo el derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales solicitando tutela sino también, y entre otros aspectos, a la realización del proceso con todas las garantías y a la obtención, concurriendo los presupuestos y requisitos procesales necesarios, de una resolución que resuelva el fondo del asunto. Su no reconocimiento supondría que la tutela judicial sólo sería efectiva para quienes disponen de medios suficientes para cubrir los gastos derivados del proceso. En este sentido, cabe afirmar que el beneficio de gratuidad es un derecho instrumental del derecho a la tutela judicial efectiva pues su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia a quienes no disponen de recursos económicos para ello, así mismo, está íntimamente relacionado con el principio de igualdad.

El derecho a la asistencia jurídica gratuita se encuentra reconocido y regulado tanto en la legislación boliviana como en la española.

En España, el artículo 119 de la Constitución establece que *“la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”*. Este derecho se encuentra regulado en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita - Ley 1/1996, de 10 de enero-, modificada por Ley 16/2005, de 18 de julio, para introducir la Directiva Europea a que hacemos referencia más adelante-.

•Virginia Pardo Iranzo

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Valencia

•Rosa Pascual Serrats

Profesora Agregada de Derecho Procesal. Universidad Cardenal Herrera-CEU San Pablo

En Bolivia, la Constitución Política en su artículo 116.10 dispone que “La gratitud, publicidad, celeridad y probidad en los juicios son condiciones esenciales de la administración de justicia. El Poder Judicial es responsable de proveer defensa legal gratuita a los indigentes, así como servicios de traducción cuando su lengua materna no sea el castellano”. El beneficio de la gratuidad se encuentra regulado en los artículos 79 al 85 del Código de Procedimiento Civil Boliviano.

Este derecho también se encuentra reconocido en textos internacionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6c) o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 47).

El problema de muchas legislaciones es que reconocen y regulan este derecho limitándolo a litigios nacionales, sin tener en cuenta que en la actualidad resultan cada vez más frecuentes los desplazamientos de los ciudadanos de un país a otro distinto siendo posible, por no decir que ya es habitual hoy en día, la litigiosidad transfronteriza y que la misma presenta una problemática propia –piénsese por ejemplo en un ciudadano boliviano que trabaja en Chile o se encuentra allí de vacaciones y es demandado-. Para este tipo de procesos transfronterizos resulta necesario prever una normativa en materia de asistencia jurídica gratuita. Precisamente con esa finalidad, en el ámbito de la Unión Europea, se dicta la Directiva 2003/8/CE destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios que pasamos a explicar a continuación.

## 2. Objetivo de la Directiva

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en su artículo 61 y con el fin de establecer “progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y justicia”, prevé la adopción por el Consejo de “medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65”. Este último artículo del Tratado incluye entre dichas medidas “eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuere necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros”. Una forma de eliminar esos obstáculos consiste, entre otras, en la aproximación de las normas relativas a la justicia gratuita en los litigios transfronterizos.

Es precisamente la existencia de regulaciones diferentes en los distintos Estados miembros, uno de los principales problemas que afectan a la justicia gratuita. El número de litigios transfronterizos va aumentando y con ello las necesidades de asistencia jurídica gratuita debido al mayor número de gastos que conllevan los mismos. Por el contrario, no existe una normativa comunitaria sobre la materia y no todos los Estados miembros garantizan la igualdad de trato de los solicitantes de asistencia jurídica gratuita con independencia de su nacionalidad, residencia o

presencia en el Estado en que se tramita el proceso. Como se constata en el Libro Verde “un estudio comparativo de los sistemas nacionales de justicia gratuita revela que éstos difieren considerablemente en la práctica, por lo que plantean dificultades a los litigios transfronterizos”.

Teniendo en cuenta que en virtud del principio de territorialidad de las normas procesales, la normativa sobre justicia gratuita de cada Estado se aplicará a los procesos incoados en el mismo, los problemas se plantean cuando se demanda o se es demandado en un Estado extranjero y además se necesita solicitar el beneficio de justicia gratuita. El Libro Verde establece que “estos obstáculos pueden tener su origen en:

- a) Un requisito de residencia o presencia en el Estado miembro donde se solicita la asistencia;
- b) Condiciones referentes a los medios económicos del solicitante;
- c) Condiciones ligadas a un estudio de viabilidad de la pretensión o de las posibilidades de éxito de los procesos para los que se pide asistencia jurídica;
- c) Falta de información sobre la disponibilidad de la asistencia jurídica en otros Estados miembros o sobre los medios existentes de transmisión de las solicitudes de asistencia jurídica en otros Estados miembros;
- d) El hecho de que los sistemas nacionales de justicia gratuita no tengan en cuenta costes adicionales del pleito transfronterizo (traducciones de documentos, doble asesoría jurídica, traslados de documentos, etc...).
- e) Dificultades idiomáticas.

Para poder dar cumplimiento al derecho a la asistencia jurídica gratuita – reconocido en los artículos 6c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en los ordenamientos internos de los Estados miembros-, y evitar los obstáculos inherentes al carácter transfronterizo del litigio, se dicta la Directiva 2003/8/CE del Consejo en la que se establecen unas reglas mínimas comunes.

El objetivo de la Directiva es “promover la aplicación de la justicia en los litigios transfronterizos a las personas que no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar el acceso efectivo a la justicia” (Considerando 5 Exposición de Motivos), objetivo que viene a concretar en su artículo 1: “La presente Directiva tiene como objetivo mejorar el acceso a la justicia en litigios transfronterizos mediante el establecimiento de unas reglas mínimas comunes relativas a la justicia en dichos litigios”.



A través de la Directiva no se trata de derogar la normativa nacional y establecer una nueva sino de armonizar; aproximar normativas nacionales para garantizar el efectivo acceso a la justicia. Así lo pone de manifiesto la DJG, tanto en su Exposición de Motivos como en su articulado:

-los Estados deberán “aplicar su propia legislación respetando los principios de la presente Directiva” (Considerando 23).

-“Conviene precisar que el establecimiento de normas mínimas en litigios transfronterizos no supone un obstáculo para que los Estados miembros establezcan disposiciones más favorables para las personas solicitantes de justicia gratuita y beneficiarias de la misma” (Considerando 31)

-“La presente Directiva no impedirá que los Estados miembros establezcan disposiciones más favorables para los solicitantes y los beneficiarios de la justicia gratuita” (art. 9 de la D.)

Por tanto, las reglas mínimas previstas en la Directiva vinculan a los Estados miembros de forma que no pueden establecer reglas más estrictas, pero no impiden que los Estados pueden mantener normas más favorables tanto en lo que se refiere a las condiciones como al alcance del derecho.

La transposición de la Directiva al Derecho español se ha llevado a cabo por medio de la Ley 16/2005, de 18 de julio, en cuya Exposición de Motivos se establece que “Los derechos de justicia gratuita de que ya disfrutaban los nacionales de la Unión Europea conforme a nuestra legislación vigente no deben minorarse al amparo de la Directiva”. La citada Ley modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, incorporando un Capítulo VIII rubricado “Asistencia jurídica gratuita en los litigios transfronterizos en la Unión Europea”.

En el ordenamiento español cabe señalar diversos puntos en que se contiene una regulación más favorable, como podremos comprobar al examinar las condiciones y alcance de la justicia gratuita.

### 3. **Ámbito de aplicación de la Directiva**

La Directiva “se aplicará a todo litigio transfronterizo en materia civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa” (art. 1.2 de la DJG). Del artículo anterior cabe deducir dos criterios a la hora de delimitar el ámbito de la Directiva, espacial y material, a los que conviene añadir un tercero, el personal.

## A) **Ámbito de aplicación territorial**

La Directiva, tal y como hemos visto, tiene un objetivo muy concreto: "mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos". En la misma se define el litigio transfronterizo como "aquél en el que la parte que solicita la justicia gratuita en el contexto de la presente Directiva está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro donde se halle el tribunal o en el que deba ejecutarse la resolución". Por Estado miembro se entiende todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto Dinamarca. La propia Directiva establece como momento para determinar el carácter transfronterizo de un litigio el de la presentación de la solicitud.

Por tanto, nos encontraremos ante un litigio transfronterizo cuando concurren las circunstancias siguientes:

1ª.- Que el solicitante de la justicia gratuita tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado miembro de la Unión Europea.

El domicilio, conforme al artículo 2 de la DJG, "se determinará conforme a lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil". El artículo 59 del Reglamento al que se remite la Directiva dispone: "1. Para determinar si una persona está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal aplicará su ley interna. 2. Cuando una parte no estuviere domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal, para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro".

No se contiene la misma precisión respecto de qué se entiende por residencia habitual. Tal ausencia se justifica en que se considera que la residencia habitual es una circunstancia que debería ser valorada de hecho por el tribunal, en cada caso concreto con el adecuado margen de apreciación, sin que pudiera conceptuarse la misma de forma general y apriorística" (Gil Nievas, R. Asistencia jurídica gratuita, en La Cooperación en Materia Civil...).

El concepto de litigio transfronterizo aparece transpuesto en el artículo 47 de la LAJG con la misma remisión al artículo 59 del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000. No obstante, la LAJG en su artículo 49 al establecer los requisitos para el reconocimiento del derecho en España tan sólo exige al solicitante "residir" en un Estado miembro de la Unión Europea distinto de España, sin que dicha residencia debe calificarse de "habitual".

2ª.- Que el solicitante de la justicia gratuita tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado miembro de la Unión Europea distinto de aquel en el que deba tramitarse el proceso o ejecutarse la resolución.

Por tanto, para encontrarnos ante un litigio transfronterizo “lo verdaderamente importante es la disociación entre su domicilio o residencia habitual y el lugar donde tiene su sede el tribunal. En los casos en que no exista esa disociación, podrá haber un litigio internacional, que conducirá a la aplicación de las normas convencionales o de Derecho autónomo que procedan, pero no entrarán en juego las normas de la Directiva. (...) lo único que se precisa es la disociación entre el Estado miembro del domicilio o residencia habitual del solicitante y el Estado miembro en el que se va a ejecutar la sentencia” (Lara Aguado, Á., Litigios transfronterizos...).

De acuerdo con lo anterior, nos encontraremos ante un litigio transfronterizo y será aplicable la Directiva:

- Cuando el solicitante de la justicia gratuita es nacional de un Estado miembro, con domicilio o residencia habitual en el mismo o en otro Estado miembro, en todo caso distinto de aquél en que tiene su sede el tribunal que debe conocer del proceso.

- Cuando el solicitante de la justicia gratuita es nacional de un tercer Estado, con domicilio o residencia habitual y legal en un Estado miembro, distinto del Estado de foro.

Por el contrario, el litigio no tendrá tal carácter y no será aplicable la Directiva cuando el solicitante de la medida tenga su domicilio o residencia habitual en el Estado miembro donde tiene su sede el tribunal que debe conocer del proceso.

## **B) Ámbito de aplicación material**

El ámbito de aplicación material se refiere a las materias sobre las que han de versar los litigios transfronterizos para poder ser incluidos en el ámbito de la Directiva. Conforme al artículo 1.2 de la misma, se aplica a todo litigio transfronterizo “en materia civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa”.

Inicialmente, la Propuesta de Directiva se refería tan sólo a litigio en materia civil, mientras que en la versión definitiva se reproduce el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre de 2000.

El concepto de “materia civil y mercantil” no coincide en los distintos Estados miembros, de ahí que la Directiva añada “con independencia de la naturaleza del

órgano jurisdiccional". Como se ha manifestado, "para conocer el contenido de esta expresión hay que acudir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia interpretando esta misma expresión en relación con el Convenio de Bruselas de 1968 (y actual Reglamento n° 44) según la cual no puede ser entendida solamente a la luz de la división en órdenes jurisdiccionales que pueda existir en los Estados miembros sino que es el ámbito material cubierto por el Convenio de 1968 (Vidal Fernández, B., Acceso a la justicia....A quien pertenecen los entrecomillados siguientes). El Tribunal de Justicia ha manifestado que estos términos "han de ser interpretados por referencia a los objetivos del Reglamento en primer lugar y en segundo lugar, por referencia a los principios generales que se deducen de todos los sistemas nacionales".

Conforme al artículo 10 de la Directiva, "el beneficio de justicia gratuita también cubrirá los procedimientos extrajudiciales, con arreglo a las condiciones estipuladas en la presente Directiva, cuando la ley los imponga a las partes, o cuando el juez remita a las partes en el litigio a dichos procedimientos"

La LAJG reproduce el artículo 1.2 de la DJG, estableciendo en su artículo 46.2 que "el beneficio de asistencia jurídica gratuita se reconocerá únicamente en los litigios en materia civil o mercantil, así como en los procedimientos extrajudiciales en estas mismas materias cuando la ley los imponga a las partes o el Juzgado o Tribunal remita a éstas a dichos procedimientos". Pero en el párrafo 2º el mismo precepto añade "En aplicación del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento de ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el beneficio de asistencia jurídica gratuita se reconocerá, igualmente, en los litigios transfronterizos derivados de un contrato de trabajo".

### C) **Ámbito de aplicación personal**

Este ámbito viene delimitado por dos circunstancias:

Primera.- Que el solicitante sea ciudadano de la Unión o nacional de un tercer país con residencia legal en la Unión.

Conforme al artículo 4 de la Directiva, "los Estados miembros concederán el beneficio de justicia gratuita sin discriminación a los ciudadanos de Unión y a los nacionales de terceros países que residan legalmente en uno de los Estados miembros".

Respecto de los nacionales de Estados de la Unión hemos de tener en cuenta lo previsto en el artículo 2 de la Directiva en el que se exige que la parte que solicite la justicia gratuita esté domiciliado o resida habitualmente en un Estado miembro

distinto al del tribunal competente. Por tanto, para que resulte aplicable la Directiva no basta con que se trate de un nacional del Estado miembro sino que además es necesario que tenga su domicilio o residencia en un Estado miembro.

En cuanto a los nacionales de terceros países, deberán tener residencia legal y habitual en un Estado miembro de la Unión.

La LAJG en su artículo 46 ha incorporado el artículo 4 de la DJG en sus propios términos reconociendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los ciudadanos de la Unión Europea y a los ciudadanos de terceros países que residan legalmente en uno de los Estados miembros.

En cambio, en el ámbito interno y respecto de los ciudadanos de terceros países la normativa es menos estricta al no exigir "residencia legal". Así, el artículo 2 de la LAJG reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a: "a) (...) los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar".

En España el Tribunal Constitucional en Sentencia 95/2003 de 22 de mayo, declaró la inconstitucionalidad de la exigencia de residencia legal en España para poder reconocer a los nacionales de terceros países la asistencia jurídica gratuita, inicialmente prevista en el artículo 2 de la LAJG. Y ello por entender que cualquier persona que se encuentre en territorio español debe poder gozar de acceso a la justicia si carece de medios para ello.

No obstante lo dispuesto en el artículo 46.1 de la LAJG y dado que la Directiva establece reglas mínimas, en un litigio transfronterizo podría reconocerse el beneficio de justicia gratuita a ciudadano de Estado no miembro aun cuando no tuviera residencia legal, si reuniese las condiciones para ello. Existe pues una disfunción entre ambos preceptos al no exigir residencia legal en el primero de ellos (art. 2 de la LAJG) y si hacerlo en el segundo (art. 46.1 de la LAJG). Además, el artículo 46.1 de la LAJG en cuanto que es contrario a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, podría ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad.

La LAJG en su artículo 49.1 al fijar los requisitos para el reconocimiento dispone: "Quien solicite asistencia jurídica gratuita al amparo de esta Sección –Reconocimiento del derecho en España- habrá de residir o estar domiciliado en un Estado miembro de la Unión Europea distinto de España". Si se observa, a diferencia de la Directiva, no exige que la residencia sea habitual.

La legislación boliviana no establece distinción alguna por razón de la nacionalidad reconociendo el derecho a quien no tuviere medios económicos, por tanto, independientemente del lugar de procedencia.

Segunda.- Que el solicitante sea persona física

Beneficiarios de la justicia gratuita son tan sólo las personas físicas, no tanto porque la Directiva de forma expresa excluya a las personas jurídicas sino porque no hace mención de las mismas. Así, en su artículo 3.1 afirma que “las personas físicas que sean parte en un litigio contemplado en la presente Directiva tendrán derecho a obtener la adecuada justicia gratuita (...)”; y en el artículo 4 se refiere a “ciudadanos” y “nacionales”.

No existía tal exclusión tácita en la Propuesta de Directiva en la que se incluía como posibles titulares del derecho a la justicia gratuita a ciertas personas jurídicas, en concreto, aquellas sin ánimo de lucro, establecidas en el territorio de un Estado miembro cuando la acción judicial persiguiese la protección de intereses generales jurídicamente reconocidos y cuando no poseyesen los recursos suficientes para hacer frente a los gastos del juicio.

El artículo 46.1 de la LAJG excluye de forma expresa a las personas jurídicas al establecer que “en los litigios transfronterizos tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita regulada en este Capítulo, exclusivamente a las personas físicas (...)”.

Por el contrario, si se trata de litigios internos, el artículo 2 de la LAJG además de a las personas físicas reconoce que tendrán derecho a la asistencia jurídica determinadas personas jurídicas, en concreto:

- En todo caso, las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad;
- Cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar: 1. Asociaciones de utilidad pública, previstas en el artículo 32 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. 2. Fundaciones inscritas en el Registro Público correspondiente.

El Código de Procedimiento Civil Boliviano, al establecer en su artículo 79 que “*el beneficio de gratuidad es personal e intransferible*” parece limitarlo a las *personas físicas*. Seguidamente, el apartado 2 del mismo artículo dispone que “*Las instituciones de beneficencia pública gozarán de dicho beneficio, sin necesidad de previa declaratoria judicial*”. Tras la lectura del precepto cabe una doble interpretación: una sería entender que se reconoce el derecho también a las personas jurídicas previa declaración judicial salvo en el supuesto de instituciones de beneficencia en que no

sería necesaria; otra posible interpretación sería el no reconocimiento del derecho a las personas jurídicas salvo a las instituciones de beneficencia. Tras la lectura de los preceptos del Código de Procedimiento Civil Boliviano que regulan la materia cabría mantener esta segunda interpretación.

## II. CONDICIONES DE LA JUSTICIA GRATUITA

El reconocimiento de la justicia gratuita depende de la concurrencia de determinadas condiciones. La Directiva establece dos tipos de condiciones: relativas a los recursos financieros y relativas al fondo del litigio.

### I. Condiciones relativas a los recursos económicos

El beneficio de justicia gratuita se reconoce a quienes no puedan hacer frente, en su totalidad o en parte, a las costas procesales debido a su situación económica. Para valorar esta situación cabe distinguir dos sistemas:

a) Los que efectúan un análisis entre los medios económicos del interesado y el coste previsible del pleito;

b) Los que fijan con carácter más o menos taxativo un umbral o nivel económico por encima del cual se entiende que la persona puede hacer frente a las costas procesales. Ambos sistemas concurren en el artículo 5 de la Directiva. El primer sistema en su apartado 2 al establecer que "La valoración de esa situación económica corresponde al Estado miembro en que se va a tramitar el proceso, teniendo en cuenta para ello elementos objetivos como la renta, el patrimonio y la situación familiar; incluida la evaluación de las personas que dependan económicamente del solicitante". Y el segundo de los sistemas en el apartado 3 del mismo precepto al disponer que "Los Estados miembros podrán establecer límites por encima de los cuales puede considerarse que el solicitante puede hacer frente, en su totalidad o en parte, a las costas procesales".

El artículo 49.1 de la LAJG al establecer los requisitos para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita se remite a los establecidos en los artículos 3 a 5 de la misma Ley. En estos artículos se combinan los dos sistemas anteriores.

En el artículo 3 de la LAJG se establece un umbral económico: "Se reconocerá el derecho a la asistencia jurídica gratuita a aquellas personas físicas cuyos recursos e ingresos económicos computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar; no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de efectuar la solicitud".

Seguidamente, en los artículos 4 y 5 de la misma Ley se introducen matizaciones. Así, el artículo 4 dispone: "A los efectos de comprobar la insuficiencia de recursos para litigar, se tendrán en cuenta además de las rentas y otros bienes patrimoniales o circunstancias que declare el solicitante, los signos externos que manifiesten su real capacidad económica, negándose el derecho a la asistencia jurídica gratuita si dichos signos, desmintiendo la declaración del solicitante, revelan con evidencia que éste dispone de medios económicos que superan el límite fijado por la Ley". Y el artículo 5 establece: "En atención a las circunstancias familiares del solicitante, número de hijos o familiares a su cargo, estado de salud, obligaciones económicas que pesen sobre él, costes derivados de la iniciación del proceso u otras de análoga naturaleza, objetivamente evaluadas, y, en todo caso, cuando el solicitante ostente la condición de ascendiente de una familia numerosa de categoría especial, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita ante la que se presente la solicitud podrá reconocer excepcionalmente, mediante resolución motivada, el reconocimiento del derecho a las personas cuyos recursos e ingresos, aun superando los límites previstos en el artículo 3, no excedan del cuádruplo del salario mínimo interprofesional.

En las mismas condiciones señaladas en el párrafo anterior, se podrá reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita a las personas con discapacidad señaladas en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés.

En tales casos, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita correspondiente determinará expresamente qué beneficios de los contemplados en el artículo 6, y en qué proporción, son de aplicación al solicitante".

Una aplicación estricta del criterio del umbral económico podría dar lugar a la situación de que el solicitante con domicilio en un Estado miembro con un elevado nivel de vida, cumpliera los criterios económicos en dicho Estado pero no los previstos en otro Estado, con un nivel de vida más bajo, donde se desarrolla el proceso. En tal caso, se le denegaría la justicia gratuita por no reunir la condición económica. El Libro Verde proponía como posible solución "aplicar los (criterios) del país del proceso pero con un "factor corrector" o una "ponderación" que tuviera en cuenta las diferencias entre el coste de vida en los dos países implicados o, como posibilidad alternativa, aplicar una prueba más flexible y objetiva que permita a las autoridades tener en cuenta tanto la renta disponible del solicitante como el coste probable del proceso". Solución recogida en la Directiva que, tras disponer que cada Estado establecerá el umbral económico, prevé la posibilidad de que se conceda el



beneficio de justicia gratuita a quien lo supere si demuestra que no puede hacer frente a las costas procesales debido a las diferencias en el coste de la vida entre los miembros del domicilio o residencia habitual y del foro. En el Considerando 15 de la Exposición de Motivos de la Directiva se justifica del siguiente modo: "El objetivo de la presente Directiva no podrá alcanzarse si no se ofreciera a los solicitantes de justicia gratuita la posibilidad de demostrar que no pueden hacer frente a las costas procesales aunque sus recursos superen el límite máximo fijado por el Estado miembro donde se halle el Tribunal. Al evaluar si es preciso conceder la justicia gratuita por este motivo, las autoridades de los Estados miembros donde se halle el tribunal tendrán en cuenta la información que justifique el cumplimiento por el solicitante de los criterios de carácter financiero aplicables en el Estado miembro de su domicilio o residencia habitual".

Dicha regulación ha sido transpuesta literalmente, de modo que el artículo 49.2 de la LAJG establece que "los límites económicos establecidos en esta Ley no impedirán que el solicitante que los supere pueda obtener el beneficio si prueba que no puede hacer frente a los gastos procesales debido a las diferencias en el coste de la vida entre el Estado miembro de su residencia o domicilio y España. En tal caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento por el solicitante de los criterios económicos aplicables en el Estado miembro de su domicilio o residencia habitual para conceder la justicia gratuita".

Por último, se prevé la posibilidad de que aun concurriendo las condiciones anteriores, no habrá obligación de otorgar la justicia gratuita en los casos en que se considere la posibilidad de recurrir a otros mecanismos. En el considerando 16 de la Exposición de Motivos de la Directiva se establece que "la posibilidad de recurrir en el marco del mismo asunto a otros mecanismos que garanticen el acceso efectivo a la justicia no es una forma de justicia gratuita. Esta posibilidad puede, sin embargo, justificar la presunción de que la persona interesada está en condiciones de hacer frente a las costas procesales a pesar de su situación financiera desfavorable". En la Propuesta de Directiva se establecía la presunción de que el candidato a la justicia gratuita estaba en condiciones de hacer frente a las costas procesales cuando fuera capaz de recurrir a los mecanismos de derechos privado mediante los cuales quedaba liberado de pagar los honorarios de abogado en caso de perder el juicio, asumiendo un tercero los gastos judiciales (art. 13.5).

El artículo 49 de la LAJG no hace referencia, al regular los requisitos para el reconocimiento en España, a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 5 de la D. en virtud del cual "no habrá obligación de otorgar la justicia gratuita a los solicitantes en la medida en que puedan efectivamente recurrir, en el caso concreto, a otros mecanismos que cubran las costas procesales

mencionadas en el apartado 2 del artículo 3". Por tanto, el legislador español opta por un mayor nivel de protección al no amparar esta denegación excepcional del beneficio.

Entre esos mecanismos a los que se refiere la Directiva se encontraría la posibilidad de un seguro de defensa jurídica. El artículo 76a de la Ley 50/80, de 8 de octubre, del contrato de seguro, establece: "Por el seguro de defensa jurídica, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro".

En la regulación boliviana del beneficio de gratuidad tan sólo se hace referencia a que "será concedido únicamente a quien no tuviere medios económicos suficientes para litigar o hacer velar algún derecho fuera de la vía contenciosa, aunque tuviere lo indispensable para subsistir". No se establecen criterios objetivos para poder determinar cuándo se puede entender que el solicitante no tiene "medios económicos suficientes para litigar". Será valorado por el juez con base en lo alegado en la correspondiente solicitud y la prueba propuesta al efecto.

## 2. Condiciones relativas al fondo del litigio

En el Considerando 17 de la Exposición de Motivos de la Directiva se establece la conveniencia de "ofrecer a los Estados miembros la posibilidad de rechazar la solicitudes de justicia gratuita relativas a demandas manifiestamente infundadas, o por motivos relativos al fondo del caso en la medida en que se ofrezca asesoramiento previo a la demanda y se garantice el acceso a la justicia. Al resolver sobre el fundamento de una solicitud, los Estados miembros podrán denegar las solicitudes de justicia gratuita si el solicitante alega un daño a su reputación pero no ha sufrido perjuicio material o financiero alguno o si la solicitud se refiere a una reclamación directamente vinculada a la actividad a la actividad empresarial del solicitante o al ejercicio autónomo de una profesión por parte del mismo".

El artículo 6 de la Directiva los establece como criterios a tener en cuenta a la hora de resolver la solicitud de justicia gratuita y que pueden determinar su denegación:

- a) El carácter manifiestamente infundado de la pretensión.

El carácter infundado de la pretensión debe ser manifiesto y la denegación motivada (artículo 15.2 de la DJG). Se garantiza en todo caso el acceso a la justicia en cuanto que la resolución denegatoria debe poder ser recurrida, exceptuando los casos en que es dictada por determinados órganos (art. 15.3 DJG)

b) Motivos de fondo, cuando se haya ofrecido un asesoramiento previo a la demanda por motivos relacionados con el fondo, siempre y cuando se garantice el acceso a la justicia. Se refiere a la prosperabilidad de la pretensión

c) La importancia del asunto para el solicitante, así como la naturaleza del asunto cuando se alegue por el solicitante un daño a su reputación sin haber sufrido perjuicio material o financiero alguno, o cuando la solicitud se refiera a una reclamación directamente vinculada a la actividad empresarial del solicitante o al ejercicio autónomo de una profesión por parte del mismo.

Este último criterio es interpretado de distinta forma en los Estados miembros. Como se ha manifestado, su valoración «es realizada en algunos Estados de una forma más estricta en los casos en los que el solicitante quiere entablar un pleito en defensa de su honor, o cuando un profesional liberal o un comerciante son partes en un pleito como consecuencia de su actividad profesional. En Estados miembros como España o Francia se parte de la concepción de que el derecho de justicia gratuita, como complemento del derecho a la tutela judicial efectiva, corresponde a toda persona que quiera hacer valer sus derechos y carezca de recursos económicos suficientes. Pero en otros Estados miembros (Reino Unido, Luxemburgo o Suecia) se excluyen determinados pleitos: los referentes a la actividad comercial o profesional (por considerar que su coste forma parte del riesgo comercial o profesional); y los pleitos relativos al honor (por razón de optimización de los recursos públicos) (Vidal Fernández, B., "Acceso a la justicia..."). La Directiva prevé una solución intermedia, no los excluye pero se someten a un análisis severo.

La LAJG en su Capítulo VIII no contiene un artículo equivalente al artículo 6 de la DJG que establezca las "condiciones relativas al fondo del litigio" por lo que habrá que atender a la normativa interna. Relacionados con esta materia encontramos:

- a. El artículo 3 de la LAJG dispone entre los requisitos básicos: "El derecho a la asistencia jurídica gratuita sólo podrá reconocerse a quienes litiguen en defensa de derechos e intereses propios".
- b. El artículo 15 de la LAJG, al regula la designación provisional de Abogado, en su párrafo 2º se refiere a que la pretensión sea manifiestamente insostenible o carente de fundamento: "En el caso de que el Colegio de Abogados estimara que el peticionario no cumple las citadas condiciones, o que la pretensión principal contenida en la solicitud es manifiestamente insostenible o carente de fundamento, notificará en el plazo de cinco días al solicitante que no ha efectuado el nombramiento provisional de abogado previsto en el párrafo anterior y trasladará la solicitud a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita".

- c. El artículo 32 de la LAJG dispone que “Cuando el Abogado designado para un proceso considere insostenible la pretensión que pretende hacerse valer; deberá comunicarlo a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, dentro de los 15 días siguientes a su designación, exponiendo los motivos jurídicos en los que fundamenta su decisión. Transcurrido dicho plazo sin que se produzca tal comunicación o sin que el Abogado pida su interrupción por falta de la documentación necesaria para evaluar la pretensión, éste queda obligado a asumir la defensa”

En el ordenamiento español no se prevé expresamente que al resolver sobre el fundamento de una solicitud se valore la importancia del asunto en concreto para el solicitante, tal como prevé el artículo 6.3 de la DJG, debiendo entenderse que nos encontramos ante un supuesto de mayor nivel de protección.

En el Derecho Boliviano, el beneficio de gratuidad puede solicitarse tanto para la defensa de derechos propios como del cónyuge o de los hijos menores (art. 81 Código de Procedimiento Civil Boliviano).

### III. ALCANCE DE LA JUSTICIA GRATUITA

El Considerando 8 de la Directiva dispone que “está destinada sobre todo a garantizar un nivel adecuado de justicia gratuita en los litigios transfronterizos”, estableciendo en su artículo 3.2 cuándo puede considerarse que la justicia gratuita es adecuada: “La justicia gratuita se considerará adecuada cuando garantice:

- a) el asesoramiento previo a la demanda con vistas a llegar a un acuerdo antes de la presentación de la demanda;

- b) la asistencia jurídica y la representación ante los tribunales, así como la exención de las costas procesales para el beneficiario, incluidos los gastos a que se hace referencia en el artículo 7 y los honorarios de personas que actúen en el juicio a requerimiento del tribunal, o ayudas para sufragarlas. En los Estados miembros en que pueda condenarse a la parte que pierde el juicio al pago de las costas de la parte contraria, en caso de que el beneficiario perdiera el juicio la justicia gratuita incluirá las costas de la parte contraria a condición de las que hubiera cubierto igualmente si el beneficiario tuviera su domicilio o su residencia habitual en Estado miembro del foro”

No se incluye en el derecho a una adecuada justicia gratuita, la asistencia jurídica y la representación ante los tribunales “en los procedimientos que permitan específicamente a las partes asumir personalmente su propia defensa, salvo decisión

en contrario del tribunal u otras autoridades competentes destinada a garantizar la igualdad entre las vistas o en vista de la complejidad del asunto” (art. 3.2 de la DJG.).

Este artículo presenta diferencias entre el texto final y el de la Propuesta dado que en esta última no se preveía tal exclusión estableciendo que “la justicia gratuita incluye, en particular, la asistencia efectiva de un abogado y/o de cualquier otra persona habilitada por la ley para su defensa en justicia, para aportar asistencia previa al juicio y representar a la persona interesada en el juicio, y la exención o la asunción de las costas procesales”

La Directiva en sus artículos 7 y 8 distribuye los gastos entre el Estado miembro donde se halla el tribunal y el Estado miembro del domicilio o residencia habitual del solicitante. Ambos supuestos están vinculados al carácter transfronterizo del litigio a pesar de la distinta rúbrica de dichos artículos.

En el Derecho Boliviano el beneficio de gratuidad comprende:

- a. El uso para las peticiones de papel común, sin timbre.
- b. La exención de los depósitos judiciales para interponer sus recursos.
- c. El derecho a que se le designe defensor.
- d. La exención, parcial o total, de las costas o gastos judiciales, hasta que mejore de fortuna. En el supuesto en que el beneficiario venciere en el pleito, deberá pagar las costas causadas en su defensa con el límite máximo de la tercera parte de la cantidad que reciba.

### **I. Gastos vinculados al carácter transfronterizo del litigio**

Se establecen en el artículo 7 de la Directiva bajo la rúbrica “Gastos vinculados al carácter transfronterizo del litigio” los gastos que deben cubrirse por el Estado miembro en que tenga su sede el tribunal competente para conocer del litigio. Entre estos gastos se incluyen:

- a. Los servicios de interpretación.
- b. La traducción de los documentos presentados por el beneficiario a instancias del tribunal o de la autoridad competente y que sean necesarios para resolver el asunto. Habrá que matizar, en aquellos casos en que resulte necesaria la traducción pues si el tribunal o la autoridad competente conoce el idioma del otro Estado, su traducción sería un gasto innecesario.

- c. Los gastos de desplazamiento que corran por cuenta del solicitante, cuando la Ley o el tribunal de dicho Estado miembro requieran la comparecencia ante el tribunal de las personas relacionadas con la defensa de su pretensión por el solicitante, y cuando el tribunal decida que no existen otros medios satisfactorios de tomar declaración a tales personas”.

Hemos de tener presente que el contenido básico es el determinado en la legislación interna del Estado miembro donde se tramita el proceso y a ese contenido básico se añaden nuevos derivados del carácter transfronterizo del litigio y que señala la Directiva.

El artículo 50 de la LAJG establece que “el derecho de asistencia jurídica gratuita reconocido a amparo de esta Sección comprende todas las prestaciones incluidas en el artículo 6, con excepción de su apartado 2, con la extensión temporal del artículo 7 y, además:

- a. Los servicios de interpretación;
- b. La traducción de los documentos presentados por el beneficiario a instancias del Juzgado o Tribunal o de la autoridad competente y que sean necesarios para resolver el asunto;
- c. Los gastos de desplazamiento que corran a cuenta del solicitante, cuando las normas aplicables o el Juzgado o Tribunal requieran su comparecencia personal para la defensa de su pretensión, y el Juzgado o Tribunal decida que no existen otros medios satisfactorios de tomar declaración. Al objeto de considerar si es necesaria la asistencia personal del solicitante, de un testigo o de un perito, los Juzgados y Tribunales tendrán en cuenta lo previsto en el Reglamento (CE) N° 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, así como, en su caso, otros convenios o normas aplicables.
- d. La defensa y representación gratuitas de Abogado y Procurador en el procedimiento judicial cuando, no siendo legalmente preceptiva la intervención de estos profesionales, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante Auto motivado en vista de la complejidad del asunto o para garantizar la igualdad de las partes en el proceso”.

En el artículo 50 de la LAJG se añade, respecto al artículo 7 de la DJG:

1º.- Una remisión al Reglamento nº 1206/2001 en cuanto a los criterios para determinar la necesidad de asistencia personal del solicitante, testigo o perito, atendiendo a la posibilidad de solicitar el auxilio judicial.

2º.- La prestación relativa a la defensa y representación gratuita de Abogado y Procurador. El apartado d) del artículo del artículo 50 de la LAJG se corresponde con el apartado 3 del artículo 3 de la DJG.

Por tanto, cuando el proceso se tramite en España, corresponderá al Estado español cubrir los gastos anteriores y además, las prestaciones previstas en el artículo 6 de la LAJG – excepto en su apartado 2-, esto es:

1. Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretenden reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, cuando tengan por objeto evitar el conflicto personal, o analizar la viabilidad de la pretensión.
2. (...)
3. Defensa y representación gratuitas por Abogado y Procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea igualmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.
4. Inserción gratuita de anuncios o edictos, en el curso del proceso, que preceptivamente deben publicarse en periódicos oficiales.
5. Exención del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos.
6. Asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios dependientes de las Administraciones Públicas (...)
7. Obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales, en los términos previstos en el artículo 130 del Reglamento Notarial.
8. Reducción del 80% de los derechos arancelarios que corresponden por el otorgamiento de escrituras públicas y por la obtención de copias y testimonios notariales contemplados en el número anterior; cuando tengan relación directa con el proceso y sean requeridos por el órgano judicial en el curso del mismo, o sirvan para la fundamentación de la pretensión del beneficiario de la justicia gratuita.

9. Reducción del 80% de los derechos arancelarios que correspondan por la obtención de notas, certificaciones, anotaciones, asientos e inscripciones en los Registros de Propiedad y Mercantil, cuando tengan relación directa con el proceso y sean requeridos por el órgano judicial en el curso del mismo, o sirvan para la fundamentación de la pretensión del beneficiario de la justicia gratuita.
10. Los derechos arancelarios a que se refieren los apartados 8 y 9 de este artículo no se percibirán cuando el interesado acredite ingresos por debajo del salario mínimo interprofesional”.

Estas prestaciones se perciben con la extensión temporal prevista en el artículo 7 de la LAJG: “1. La asistencia jurídica gratuita en el transcurso de una misma instancia se extiende a todos sus trámites e incidencias incluida la ejecución, pero no podrá aplicarse a proceso distinto.

2. El derecho a la asistencia jurídica gratuita se mantendrá para la interposición y sucesivos trámites de los recursos contra las resoluciones que pongan fin al proceso en la correspondiente instancia, aplicándose en este caso lo dispuesto en el artículo 32 de la presente Ley ...”.

## **2. Gastos cubiertos por el Estado del domicilio o residencia habitual del solicitante**

Los gastos cubiertos por el Estado miembro del domicilio o residencia habitual del solicitante se enumeran en el artículo 8: “El Estado miembro en que esté domiciliado o resida habitualmente el solicitante facilitará ayudas en concepto de justicia gratuita a tenor de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 3 para cubrir:

a) Los gastos correspondientes a la asistencia de un letrado local o de cualquier otra persona habilitada por la ley para prestar asesoramiento jurídico realizados en dicho Estado miembro hasta que se haya presentado la solicitud de justicia gratuita en el Estado miembro donde se halle el tribunal, de conformidad con la presente Directiva,

b) La traducción de la solicitud y de la documentación acreditativa necesaria cuando se presenta la solicitud a las autoridades de dicho Estado miembro.

El artículo 52 de la LAJG, transpone el artículo 8 de la Directiva, disponiendo que:

“Las personas físicas que tengan su residencia habitual o su domicilio en España que pretendan beneficiarse de asistencia jurídica gratuita en otro Estado miembro de la Unión Europea para un litigio transfronterizo de los previstos en este Capítulo podrán acceder en España a los siguientes derechos:



a) Asistencia de los servicios de orientación del Colegio de Abogados correspondiente a la residencia o domicilio del solicitante hasta que se presente la solicitud de justicia gratuita en el Estado miembro donde se halle el Tribunal. Esta asistencia incluirá el asesoramiento al solicitante para que la solicitud vaya acompañada de toda la documentación acreditativa que sea necesaria para que pueda resolverse sobre ella.

b) Traducción de la solicitud y de la documentación acreditativa necesaria que deba presentarse a las autoridades de dicho Estado miembro”.

La atribución prevista en el apartado a) se adecua a lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Directiva: “La autoridad expedidora competente prestará su ayuda al solicitante para que la solicitud vaya acompañada de toda la documentación acreditativa que le conste sea necesario para que pueda resolverse sobre la solicitud (...)”

### 3. Principio de continuidad de la justicia gratuita

El artículo 9 de la Directiva consagra la extensión de la justicia gratuita a la totalidad del proceso: “1. La justicia gratuita seguirá concediéndose total o parcialmente a los beneficiarios a fin de cubrir los gastos realizados para que una resolución sea ejecutada en el Estado miembro donde se halle el tribunal.

2. Un beneficiario que en el Estado miembro donde se halle el tribunal haya recibido justicia gratuita obtendrá la justicia gratuita contemplada por el Derecho del Estado miembro en el que se solicite el reconocimiento o la ejecución.

3. La justicia gratuita seguirá facilitándose en caso de interposición de un recurso, bien por el beneficiario, bien en su contra, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 5 y 6.

4. Los Estados miembros podrán disponer que se reexamine la solicitud en cualquier fase del litigio por los motivos expuestos en los apartados 3 y 5 del artículo 3, el artículo 5 y el artículo 6, incluyendo los procedimientos a que se hace mención en los apartados 1 a 3 del presente artículo”.

La Propuesta de Directiva limitaba el reconocimiento de la justicia gratuita a los supuestos en que se planteara el recurso contra el beneficiario y preveía un nuevo examen de las condiciones para tal reconocimiento en el caso de que fuese el beneficiario el que interpusiese el recurso.

En cuanto a la continuidad de la justicia el artículo 9 de la Directiva ya estaba reconocido en la LAJG:

a) El artículo 7 rubricado “Extensión temporal” dispone “1. La asistencia jurídica gratuita en el transcurso de una misma instancia se extiende a los trámites e incidencias, incluida la ejecución, pero no podrá aplicarse a un proceso distinto. 2. El derecho a la asistencia jurídica gratuita se mantendrá para la interposición y sucesivos trámites de los recursos contra las resoluciones que pongan fin al proceso en la correspondiente instancia, aplicándose en este caso lo dispuesto en el artículo 32. (...)”.

b) El artículo 8 párrafo 2º y 3º: “Cuando el actor o el demandado pretendan el reconocimiento del derecho en la segunda instancia sin haberlo solicitado en la primera, deberán acreditar ante la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que las circunstancias y condiciones precisas sobrevinieron en el curso de la primera instancia o con posterioridad.

La misma regla será aplicable al que pretende el reconocimiento del derecho para interponer o seguir el recurso de casación respecto de la segunda instancia”.

c) En el artículo 32, en lo que se refiere a la ejecución: “ Los abogados y procuradores designados desempeñarán sus funciones de asistencia y representación de forma real y efectiva hasta la terminación del proceso en la instancia judicial de que se trate y, en su caso, la ejecución de las sentencias, si las actuaciones procesales en ésta se produjeran dentro de los dos años siguientes a la resolución judicial dictada en la instancia, sin perjuicio del efecto de las causas de renuncia o excusa que estén previstas en la Ley”.

En el ámbito de los litigios transfronterizos el artículo 46 incorpora al artículo 9.2 de la Directiva: “La asistencia jurídica gratuita podrá concederse también, cuando se cumplan los requisitos que se exigen en esta Ley, para:

a. La ejecución de sentencias dictadas por los Tribunales de otros Estados miembros de la Unión Europea en los que se hubiera obtenido el beneficio de justicia gratuita.

b. La ejecución de documentos públicos con fuerza ejecutiva”.

Como se manifestaba en el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de la Ley 16/2005, de 16 de julio, lo dispuesto en el artículo 46, antes transcrito, puede plantear un problema de interpretación en relación con el texto de la propia Directiva. Si se entiende en un sentido amplio, el apartado 2 del artículo 9 de la DJG. resultaría que simplemente por conceder el Estado miembro donde se halle el tribunal el beneficio, de forma automática el beneficiario obtendrá la justicia gratuita con el

contenido que recoge la LAJG. Si se entiende en sentido restringido el reconocimiento del beneficio en otro Estado miembro puede, en su caso, dar lugar al reconocimiento también por España, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 49 de la LAJG, suponiendo un nuevo examen de la solicitud y condiciones previstas en el derecho español.

Esta última parece ser la opción adoptada por nuestro legislador; si bien el carácter restrictivo de la misma pone en duda su compatibilidad con la Directiva.

## IV. PROCEDIMIENTO

Cuando se trata de un litigio transfronterizo el procedimiento a seguir para la obtención de la justicia gratuita se desdobra pudiéndose incluso hablar de dos procedimientos diferentes: el primero de ellos, el que se ha venido a denominar “comunitario”, se desarrolla únicamente cuando se trata de un litigio transfronterizo y precisamente por tratarse de un litigio transfronterizo -no teniendo lugar, por tanto, cuando la petición de justicia gratuita no goza de esta característica-. Está regulado por la Directiva y finaliza, como regla general, cuando la solicitud es recibida por la autoridad del Estado en el que va a celebrarse el juicio.

El segundo es el que denominaríamos “interno o nacional”, por contraposición a comunitario. Comienza una vez la autoridad del Estado donde ha de celebrarse el proceso ha recibido la solicitud y se desarrolla conforme al derecho interno de cada uno de los Estados –en concreto, de aquel país en el que se celebre el juicio-. Es tras la realización de este procedimiento cuando se obtiene un pronunciamiento sobre el derecho (concediéndolo o denegándolo).

### I. Procedimiento “comunitario”

Denominamos procedimiento comunitario al conjunto de trámites que es preciso realizar ante la autoridad expedidora desde la presentación de la solicitud, pasando por su transmisión y hasta su recepción por la autoridad receptora, y al conjunto de obligaciones que a aquélla corresponde, teniendo en cuenta que al ser factible interponer la solicitud directamente ante la autoridad del lugar donde se ha de celebrar el proceso (autoridad receptora) es posible que toda la tramitación se realice ante ésta.

Lo que se pretende es sobre todo dar facilidades para evitar que el carácter transfronterizo del litigio signifique un aumento de las dificultades para la solicitud del beneficio y, por eso y como vemos a continuación, se permite que la misma se presente tanto en el lugar del domicilio del solicitante como en el Estado del foro.

Según el artículo 13.1 de la DJG las solicitudes pueden presentarse:

1. Ante la autoridad competente del Estado miembro en que el solicitante tenga su domicilio o su residencia habitual. A este órgano se le denomina autoridad expedidora (vid. para España art. 53.1 LAJG).

Para la determinación del Estado miembro en el que está domiciliada la parte se aplicará lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento (CE) n°. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (arts. 2.2 de la DJG y 47.2 LAJG).

2. En segundo lugar, es posible también presentar la solicitud directamente ante la denominada autoridad receptora, es decir, ante la autoridad competente del Estado miembro en el que se halle el juzgado o tribunal que va a conocer del litigio o en el que deba ejecutarse la resolución.

Esta opción aún existente parece la menos atractiva puesto que ello conlleva la carga de identificar cuál sea la autoridad receptora designada por el Estado en cuestión.

La designación de la autoridad o autoridades expedidoras y receptoras corresponde a los Estados miembros (art. 14.1 DJG)

La solicitud se cumplimentará en el modelo oficial establecido al efecto (arts. 16 de la DJG y 51.1, IV LAJG). La creación de un formulario normalizado tiene como finalidad hacer más fáciles y rápidos los procesos. Según la propia DJG debía establecerse a más tardar el 30 de noviembre de 2004 (art. 16.2, II) y cumpliendo con el plazo fue creado por Decisión 2004/844/CE de la Comisión de 9 de noviembre de 2004 (Diario Oficial de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2004).

A la solicitud habrá de acompañarse los documentos en los que se funde la pretensión, correspondiendo a la autoridad expedidora prestar ayuda para que la solicitud vaya acompañada de dicha documentación (art. 13.4, I DJG).

Los documentos remitidos estarán exentos de la legalización y de cualquier otra formalidad equivalente (art. 13.5 DJG y 50.2 LAJG).

La parte cumplimentará la solicitud en su idioma y ésta y la documentación habrán de traducirse o bien a la lengua o a una de las lenguas oficiales del Estado miembro de la autoridad receptora competente, o bien, a otra lengua que dicho Estado miembro haya indicado que acepta (art. 13.2 DJG), debiendo los Estados miembros notificar a la Comisión la lengua o lenguas oficiales de las instituciones

de la Comunidad distintas de la suya o suyas en las cuales la autoridad receptora competente acepta que se cumplimenten las solicitudes (art. 14.3 DJG).

Respecto de la presentación de la solicitud y de la traducción de la misma debe advertirse que a la vista del artículo 7 de la DJG únicamente queda cubierta por la justicia gratuita la traducción de aquellos documentos que sean necesarios para resolver el asunto. Este precepto debe ponerse en relación con el artículo 13.4, I DJG que establece la obligación de la autoridad expedidora de, entre otros aspectos, asesorar respecto de que documentación es necesaria. Si la parte desea adjuntar algún documento de los no considerados necesarios habrá de asumir los gastos de su traducción.

Por otro lado es a la autoridad expedidora a quien corresponde prestar su ayuda para la realización de cualquier traducción necesaria de los documentos (art. 13.4, I DJG). De hecho, ha de ser el Estado miembro en que esté domiciliado o resida habitualmente el solicitante, es decir, el Estado correspondiente a la autoridad expedidora el que facilite ayudas en concepto de justicia gratuita para cubrir la traducción de la solicitud y de la documentación acreditativa necesaria así como los gastos correspondientes a la asistencia de un letrado local o de cualquier persona habilitada por la ley para prestar asesoramiento jurídico en dicho Estado miembro hasta que se haya presentado la solicitud de justicia gratuita en el Estado miembro donde se halle el tribunal (art. 8 DJG).

Si finalmente la autoridad competente (la autoridad receptora) deniega la asistencia gratuita, el Estado miembro correspondiente a la autoridad expedidora puede disponer que el solicitante devuelva los costes de traducción que aquél sufragó (art. 13.6 *in fine* DJG).

Recibida la solicitud por la autoridad expedidora y traducida la solicitud y los documentos necesarios para resolver ésta debe, como vemos en el apartado siguiente, remitirla a la autoridad receptora sin que a aquélla le corresponda analizar si procede conceder o no la asistencia jurídica gratuita.

A pesar de lo dicho, la DJG sí establece una posibilidad de control a realizar por la autoridad expedidora. Según el artículo 13.3 de la DJG las autoridades expedidoras podrán negarse a remitir una solicitud en dos supuestos:

- cuando manifiestamente carezca de fundamento, o
- cuando manifiestamente escape al ámbito de aplicación de la DJG.

Sobre este control es necesario realizar algunas precisiones:

En primer lugar, y respecto de la extensión o amplitud del mismo, nos parece que ha de ser un control mínimo o superficial tal y como se deduce de la utilización del término “manifiestamente”. Por tanto, sólo si es evidente que la solicitud carece de fundamento o no entra dentro del ámbito de la DJG puede no remitirse tal solicitud.

En segundo lugar, de los términos utilizados por el artículo 13.3 de la DJG (“podrá decidir negarse a remitir...”) parece deducirse que se trata de una potestad de la autoridad expedidora y no de una obligación. Por tanto, incluso tratándose de uno de los dos supuestos recogidos en el artículo 13.3 de la DJG la autoridad expedidora está facultada para remitir la solicitud.

## 2. Transmisión de la solicitud

Si la solicitud se presenta ante la autoridad expedidora –no, por tanto, cuando el peticionario opta por presentar la solicitud directamente ante la autoridad del foro-, ésta ha de remitirla a la autoridad receptora competente del otro Estado miembro en el plazo de 15 días.

El plazo empieza a contar a partir de la fecha de la recepción por la autoridad expedidora de la solicitud debidamente cumplimentada, en la lengua adecuada y acompañada de los documentos acreditativos, traducidos si fuera necesario (art. 13.4, II DJG y 53.2 LAJG).

La transmisión de las solicitudes debe realizarse a través del formulario normalizado creado al efecto. Respecto del formulario, la propia DJG fijó como fecha límite para su establecimiento el 30 de mayo de 2003. El formulario se estableció fuera de plazo por la Decisión 2005/630/CE de la Comisión, de fecha 26 de agosto de 2005 (Diario Oficial de la Unión Europea de 31 de agosto de 2005).

A diferencia del formulario para la solicitud, el relativo a la transmisión es verdaderamente sencillo: se trata de identificar a la autoridad expedidora, a la receptora, al solicitante de la asistencia jurídica gratuita y alguna información relativa al procedimiento para el que se pide. Finalmente hay un apartado para que la autoridad receptora acuse recibo del expediente.

También es preciso utilizar para el envío el medio de comunicación admitido por el Estado receptor.

## 3. Procedimiento “interno”

Recibida la solicitud por la Autoridad receptora debemos referirnos a grandes rasgos al procedimiento que resta hasta la concesión o denegación del beneficio. Hemos ya indicado que en los casos de litigios transfronterizos el procedimiento

hasta la resolución del beneficio de justicia gratuita se desdobra en un procedimiento que hemos llamado comunitario, que se rige por la DJG -o más bien, por las normas que cada país haya dictado para trasponer la DJG-, y uno interno ante el órgano decisor; es decir ante la autoridad competente del foro o lugar donde está situado el órgano jurisdiccional competente para conocer del litigio. A este último procedimiento, como es lógico, no se refiere la DJG sino que en la misma se indica (Considerando 23) que se rige por la normativa interna de cada país.

Pues bien, en este apartado estudiamos el procedimiento que llamaríamos interno o nacional, pero previamente nos referimos al órgano competente para la resolver sobre la asistencia jurídica gratuita.

Señala el artículo 12 de la DJG que la justicia gratuita será concedida o denegada por la autoridad competente del Estado miembro donde se halle el tribunal. En España aunque autoridad receptora es el Colegio de Abogados, la autoridad competente para pronunciarse sobre el beneficio de justicia gratuita es la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que es un órgano de carácter administrativo, aunque es el propio Colegio de abogados el que designa provisionalmente abogado de oficio y lo comunica al Colegio de procuradores para que, en su caso, designen procurador de oficio. En Bolivia es el propio juez que está conociendo o que debe conocer de la causa principal quien resuelve (arts 82 y 83 CPC).

En cuanto al desarrollo procedimental, en Bolivia la solicitud puede presentarse antes de la Demanda pero también después –en cualquier estado del proceso- (art. 80 CPC). En ella se mencionarán lo hechos en que se funda, que se litiga por derechos propios, o del cónyuge o de los hijos menores, y se indicará el el proceso que se va o se ha iniciado. Debe indicarse igualmente la persona o personas con quien se litga y ofrecer prueba sobre la imposibilidad de obtener recursos para satisfacer los gastos judiciales (art. 81 CPC).

La solicitud se presenta ante el juez que va a conocer o está conociendo del proceso principal y él será quien resuelva en el plazo de tres días concediendo total o parcialmente o denegando el beneficio (arts. 82 y 83 CPC).

En España presentada la solicitud es el Colegio de Abogados (su Servicio de Orientación Jurídica) quien la examina junto con la documentación presentada. Si hay deficiencias da plazo de 15 días para subsanar (arts. 13 y 51.4 LAJG). En caso de que el Colegio de Abogados entienda que el peticionario no cumple los requisitos no nombrará provisionalmente abogado, sino que notificará su decisión al solicitante y trasladará la solicitud a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita (art. 15, II LAJG).

Si no hay deficiencias o las que habían han sido subsanadas y entiende que el peticionario cumple los requisitos legalmente establecidos para obtener la asistencia

jurídica gratuita, en el plazo máximo de 15 días, procederá a la designación provisional de abogado comunicándolo inmediatamente al Colegio de Procuradores para que, en caso de ser preceptivo, se designe procurador en el plazo máximo de tres días (art. 15, I LAJG).

Del expediente correspondiente y las designaciones provisionales efectuadas, se da traslado en el plazo de tres días a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita a los efectos de su verificación y resolución (art. 15, III LAJG). Para verificar la exactitud y realidad de los datos económicos declarados por el solicitante la Comisión puede realizar las comprobaciones y recabar la información que estime necesarias (ej, requerir de la Administración Tributaria la confirmación de los datos tributarios que consten en la documentación) (art. 17, I LAJG).

Tras las anteriores comprobaciones la Comisión dictará resolución en el plazo máximo de 30 días, reconociendo o denegando el derecho y en su caso la extensión del mismo (art. 17, II LAJG); resolución que se le notificará (al solicitante, al Colegio de Abogados y al de Procuradores, a las partes interesadas y al juez o tribunal que está conociendo del asunto o al juez decano si éste no se hubiera iniciado) en el plazo de tres días (art. 17, IV LAJG).

Transcurrido el plazo sin que la Comisión haya resuelto expresamente, quedan ratificadas las decisiones adoptadas por el Colegio de Abogados y el de Procuradores, sin perjuicio de la obligación de dicho órgano de resolver (art. 17, III LAJG).

Si el Colegio de Abogados no hubiera dictado ninguna resolución, el silencio de la Comisión será positivo procediendo el juez o tribunal que conozca del asunto, o en su caso, el juez decano, a petición del interesado a declarar el derecho en su integridad y a requerir a los Colegios profesionales la designación provisional de abogado y procurador. Ello sin perjuicio de lo que resulte de las eventuales impugnaciones contra tal estimación presunta (art. 17, V LAJG).

El reconocimiento del derecho implica la confirmación de las designaciones provisionales de abogado y de procurador. Su desestimación supone que las designaciones eventuales quedan sin efecto y el peticionario deberá abonar los honorarios de abogado y procurador (art. 18 LAJG).

Las decisiones han de ser motivadas cuando resulten total o parcialmente denegatorias (art. 15.2 de la DJG). El deber de motivación debe existir también en los casos de revocación del derecho. El requisito de la motivación es de suma importancia porque permite conocer las razones que han llevado al órgano competente a denegar –en su totalidad o en parte– la petición, facilitando el derecho al recurso que tiene el solicitante.



#### 4. Recurso

Reconoce el artículo 15.3 de la DJG el derecho al recurso de aquel solicitante que ha visto denegada su solicitud: "los Estados miembros garantizarán la posibilidad de revisar o recurrir toda decisión denegatoria de una solicitud de justicia gratuita". El recurso ha de poder utilizarse tanto cuando la petición ha sido totalmente denegada como cuando la denegación es parcial y también cuando tras haber sido concedido el beneficio posteriormente la decisión es revocada.

Debe advertirse también que la denegación del derecho puede producirse una vez realizado todo el procedimiento por la autoridad del Estado del foro (autoridad receptora) –supuesto al que se refiere el artículo 15.3 de la DJG- pero también es posible, como ya hemos visto, en un momento anterior: por la autoridad expedidora por carecer la solicitud manifiestamente de fundamento o por escapar, también de modo manifiesto, al ámbito de aplicación de la DJG. Pues bien, esta decisión de la autoridad expedidora también ha de ser motivada e igualmente ha de ser susceptible de recurso (art. 13.3, II en relación con el 15, apartados 2 y 3 de la DJG).

El recurso puede tener carácter administrativo o judicial, es decir, los diferentes Estados pueden permitir una revisión puramente administrativa o bien una judicial de la resolución; ahora bien en última instancia siempre habrá de ser posible una revisión judicial como mecanismo para salvaguardar el derecho a la tutela efectiva en su vertiente de acceso a los tribunales (acceso a la justicia). En este sentido señala el artículo 15.4 de la DJG que "cuando los recursos contra una decisión que deniegue o anule la justicia gratuita con arreglo al artículo 6 sean de índole administrativa, siempre estarán sujetos en última instancia a una revisión judicial". Se aparta en este punto la DJG de la Propuesta de DJG puesto que en el comentario al artículo 8 –que es el que recogía el derecho al recurso- se señalaba expresamente que el mismo no había de ser necesariamente un recurso judicial.

Finalmente, la propia DJG en su artículo 15.3 *in fine*, recoge una posible excepción a la necesidad de recurso, en concreto en aquellos supuestos en los que la denegación –total o parcial- de la justicia gratuita provenga de un órgano contra cuya resolución sobre el fondo del asunto no pueda interponerse recurso en virtud de la legislación nacional o por un tribunal de apelación.

La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita española recoge el derecho al recurso en el artículo 20 rubricado "impugnación de la resolución" y lo hace con una extensión más amplia que la de la DJG puesto que, por un lado, permite el recurso tanto frente a las resoluciones denegatorias –total o parcialmente- de la justicia gratuita como frente a las que reconozcan dicho derecho. Y, por otro, legitima a "quienes sean titulares de un derecho o de un interés legítimo" lo que significa, a nuestro entender, que puede recurrir el solicitante pero también quienes han participado

en el procedimiento previo (la otra parte, el Colegio de abogados y el Colegio de Procuradores, aunque cabría admitir la legitimación de otros posibles interesados, como la Hacienda Pública, para evitar fraudes) (Gómez Colomer).

Del recurso conoce el juez o tribunal competente para conocer de la pretensión principal, teniendo el recurso una naturaleza especial en el sentido de que es contencioso-administrativo por la materia pero conoce el juez del asunto –el juez civil, en los supuestos que entran dentro de la DJG-.

En Bolivia también cabe recurso tanto cuando se concede el beneficio como cuando se deniega. En concreto cabe apelación en el efecto devolutivo y frente a la resolución que resuelva la apelación no cabe recurso alguno (art. 83 CPC)



EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN EUROPA

THE HOMOSEXUAL MARRIAGE IN EUROPE

*Rev. boliv. de derecho n° 12, julio 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 204-216*



Enrique  
**SORIANO**  
**MARTÍNEZ**

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 1 de febrero de 2011

**ARTÍCULO APROBADO:** 28 de febrero de 2011

**RESUMEN:** El trabajo presenta una panorámica completa sobre la posición de los distintos Estados de la Unión Europea en relación con las relaciones familiares entre personas del mismo sexo, examinando, en particular, las legislaciones que admiten el matrimonio en este supuesto, prestando especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**PALABRAS CLAVE:** Matrimonio. Convivencia de hecho. Principio de igualdad. Homosexualidad.

**ABSTRACT:** This work presents a panoramic view of the position of the different member States of the European Union in relation to same-sex family relationships, especially considering those jurisdictions in which marriage is allowed and paying special attention to the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

**KEY WORDS:** Marriage. Domestic Partnership. Equality principle. Homosexuality.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. UNA VISIÓN PANORÁMICA DEL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS RELACIONES DEL MISMO SEXO. 3. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 4. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN LA UNIÓN EUROPEA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Desde que en España se aprobara hace ya seis años la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, muchos han sido los cambios en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea así como de otros lugares del mundo en relación con el reconocimiento y regulación del matrimonio homosexual. En el presente artículo pretendo hacer una síntesis de estas novedades a la luz de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

En el transcurso de la segunda mitad del siglo XX la situación de los homosexuales en Europa ha dado un vuelco radical pasándose de la criminalización de sus relaciones a la apertura del matrimonio a las personas del mismo sexo en algunos países<sup>1</sup>. En España el cambio se produjo en 2005 con la entrada en vigor de las leyes 13/2005, de 1 de julio, y de 15/2005, de 8 julio, que sin duda operaron una de las más profundas reformas del Derecho de familia en nuestro ordenamiento jurídico<sup>2</sup>.

En la medida en que el acceso a la institución del matrimonio o a uniones de afín naturaleza por parte de parejas homosexuales ha ido ganando acogida en los distintos ordenamientos del continente Europeo, se ha ido acrecentando el

---

1 No obstante, y según datos de la International, Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA) las relaciones homosexuales entre hombre sigue siendo ilegales en 79 países, y en 45 países en el caso de mujeres, siendo de aplicación la pena capital en 9 países.

2 Aunque suele considerarse de forma anecdótica, el primer matrimonio homosexual en España fue el de Marcela y Elisa, las cuales se casaron en el año de 1901 en La Coruña. Elisa se convirtió en Mario y el Padre Cortiella santificó la unión de la pareja. Fueron descubiertas y acabaron huyendo de España. El matrimonio se llevó a cabo en la Iglesia Parroquial de San Jorge en La Coruña. Marcela Gracia Ibeas y Elisa Sánchez se conocieron en la Escuela Normal de Maestras de La Coruña. Años más tardes se reencontraron cuando ejercían su profesión como maestras. En 1901 Elisa masculinizó su aspecto, inventó un pasado y se convirtió en Mario. El Padre Cortiella, párroco de San Jorge, bautizó a Mario y casó a la pareja. El sistema judicial trató de buscarlas para castigarlas por su matrimonio, así que ellas huyeron por causa de la homofobia del pueblo y las burlas y terminaron en Argentina". Cfr. BOSWELL, J., *Same-sex unions in Pre Modern Europe*, Vintage, First Edition, 1995.

• Enrique Soriano Martínez

Abogado Universidad de Valencia

debate sobre si del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y otros instrumentos de derecho internacional debe deducirse que existe el derecho a contraer matrimonio por parte de las parejas del mismo sexo, derecho que, por consiguiente, sería violado por aquellos Estados que no reconocieran el matrimonio homosexual. Esta cuestión, sin duda controvertida y en pleno proceso de evolución, es la que voy a analizar en las páginas que siguen tal y como se deduce del estado de las cosas en la actualidad.

## 2. UNA VISIÓN PANORÁMICA DEL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS RELACIONES DEL MISMO SEXO

Antes de adentrarnos en analizar las recientes sentencias del TEDH conviene hacer un breve repaso de cual al es el reconocimiento legal que actualmente dan los países de nuestro entorno a las uniones homosexuales.

### A). Países que han reconocido carácter legal a las uniones homosexuales

La primera ley de uniones civiles homosexuales que se aprobó en el mundo fue la Ley danesa de Parejas registradas de 1989. La unión civil homosexual, aunque se trata de una figura cercana al matrimonio civil, no es totalmente equiparable al mismo en cuanto a efectos, derechos y obligaciones. Tal y como ha sido regulada en Dinamarca y posteriormente en otros países, se trata de una figura diseñada exclusivamente para la regulación de las parejas afectivas de personas del mismo sexo. A diferencia de las leyes de pareja de hecho, estas uniones civiles no son de ámbito universal, pudiendo acceder a ellas exclusivamente las parejas homosexuales<sup>3</sup>. Algunos países que en la actualidad cuentan con este tipo de figura legal con diverso grado de reconocimiento de derechos y obligaciones entre los contrayentes son: Alemania, Andorra, Austria, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Francia, Hungría, Israel, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Reino Unido, República Checa y Suiza<sup>4</sup>.

Vigente en Dinamarca desde el 1 de octubre de 1989, la “Ley de Cohabitación Registrada” (*The Danish Registered Partnership Act*) extiende a las uniones homosexuales registradas todos los preceptos relativos al matrimonio, tanto en el marco de los derechos sociales (seguridad social, pensiones, fiscalidad, etc.) como en el ámbito del Derecho civil (requisitos de constitución y disolución, obligaciones legales, efectos patrimoniales y sucesorios). Aunque inicialmente no permitía la adopción, la ley fue reformada en 1999 permitiendo la adopción por parte de un conviviente de los hijos del otro.

3 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y otros, *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, 1ª edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, Capítulo III, redactado por Rosa Moliner Navarro, pg. 96.

4 Suiza reconoce como unión civil los matrimonios entre personas del mismo sexo entre ciudadanos suizos y ciudadanos de los países en donde este matrimonio es legal.

La figura de la Unión Civil de parejas del mismo sexo se extendió rápidamente al resto de países del entorno geográfico escandinavo. Así por ejemplo en Noruega la “Ley de cohabitación Registrada” (**Act on Registered Partnerships**) entró en vigor el 1 de agosto de 1993, y en Suecia desde el 23 de junio de 1994<sup>5</sup>.

En Alemania hubo varios intentos frustrados de alcanzar un reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo hasta la Ley de parejas homosexuales de 2001 (**Eingetragene Lebenspartnerschaft**). En relación a la misma, en su Sentencia de 17 de julio de 2002, en Tribunal Constitucional Federal alemán, resolvió que no era contraria al art. 6.1 de la Ley Fundamental alemana (**Grundgesetz**) considerando que el matrimonio, protegido por este artículo, no queda afectado, ya que la Ley de 2001 regula una cosa distinta<sup>6</sup>. En cuanto a su contenido, la ley alemana establece una regulación paralela a la del matrimonio (efectos personales y patrimoniales, responsabilidad frente a terceros, derechos sucesorios, cese de la convivencia y disolución de la pareja registrada)<sup>7</sup>. Tras la modificación de la Ley en 2004, actualmente en Alemania se permite el reconocimiento de los hijos de la pareja, pero no la adopción conjunta.

En el Reino Unido las uniones civiles obtuvieron reconocimiento legal tras la entrada en vigor en Inglaterra y Gales el 5 de diciembre de 2005 de la Ley de uniones civiles (**Civil Partnerships Act 2004**). Esta ley define la unión civil como una relación entre dos personas del mismo sexo, que se inicia con el registro y termina con la muerte, disolución o anulación<sup>8</sup>. En cuanto a sus efectos la unión civil se equipara completamente al matrimonio heterosexual, incluyendo la adopción conjunta, con la excepción del acceso a la forma religiosa de celebración. Así se establece que ningún servicio religiosos puede tener lugar durante el registro, y que éste no puede desarrollarse en lugares destinados a la celebración de servicios religiosos.

En Francia, uno de los países europeos con más bajas tasas de matrimonio, tras dos propuestas en 1990 y 1992 para introducir una ley de pareja para personas del mismo sexo, se aprobó en 1999 el “Pacto Civil de Solidaridad” (**Pacte civil de solidarite**)<sup>9</sup>, más conocido como PACS, que ofrece a cualquier pareja no casada, del mismo o distinto sexo, la posibilidad de constituir una convivencia reconocida institucionalmente en el marco del derecho de familia, que se disuelve por matrimonio, muerte o voluntad unilateral de cualquiera de ellos. El PACS genera derechos y deberes entre las partes, pero estos son menores que en el matrimonio.

5 Tanto Noruega como Suecia reconocieron en 2009 el matrimonio entre personas del mismo sexo. En Noruega la ley que establece el matrimonio entre personas del mismo sexo entró en vigor el 1 de enero de 2009, y en Suecia el 1 de mayo del mismo año.

6 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y otros, *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, cit., pág. 100.

7 EZQUERRA UBERO, J.J. y LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., “Las parejas de hecho como sujeto de las políticas familiares en la España de las autonomías”, *Informes 2007, Economía y Sociedad*. Disponible online en la página Web de la Fundación BBVA.

8 DE CRUZ, P., *Family Law, Sex and Society. A comparative study of Family Law*”, Routledge, Oxon, 2010, pág. 265.

9 Acta No. 99-144 de 16 de Noviembre de 1999, que modifica el Código Civil francés.



## B). Países en los cuales el matrimonio homosexual es legal

Actualmente el matrimonio entre personas del mismo sexo tiene carácter legal en los siguientes Estados: Holanda (desde 2001), Bélgica (desde 2003), España (desde 2005), Canadá (desde 2005), Sudáfrica (desde 2006), Noruega (desde 2009), Suecia (desde 2009), Portugal (desde 2010), Islandia (desde 2010), Argentina (desde 2010).

Además el matrimonio homosexual está reconocido en seis jurisdicciones de Estados Unidos: Massachusetts (desde 2004), Connecticut (desde 2008), Iowa (desde 2009), Vermont (desde 2009), New Hampshire (desde 2010) y Washington, D.C. (desde 2010); y en México, en el Distrito Federal de México desde 2010.

En 2001 los Países Bajos fueron el primer país del mundo en reconocer el derecho al matrimonio a las personas del mismo sexo. Holanda incluyó desde el principio la posibilidad de acogerse a las disposiciones relativas a la adopción conjunta de menores o, en su caso, adoptar a los hijos de ambos que convivan en el hogar; siempre con el visto bueno del juez y del otro progenitor biológico. También, cuando se trata de un matrimonio entre mujeres, la ley reconoce de forma automática la filiación de ambas “cónyuges” en caso de inseminación artificial.

En el caso Belga se excluyó inicialmente que los miembros del matrimonio homosexual pudieran acogerse a las disposiciones relativas a la adopción conjunta de menores, o sobre los hijos del otro “cónyuge”. No obstante, a finales de 2005 se aprobó la ley que permite que los matrimonios homosexuales puedan adoptar.

En España la ley que reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio entró en vigor el 3 de julio de 2005. El Congreso de los Diputados aprobó la ley en una primera votación por 183 votos a favor contra 136. A su paso por el Senado la ley fue vetada por 131 votos contra 119. De vuelta al Congreso el veto fue levantado y la ley finalmente aprobada por 187 votos a 147. La ley española no hace ninguna referencia específica a la adopción, asumiéndose implícitamente que no existe ninguna excepción en este ámbito por parte de las personas del mismo sexo<sup>10</sup>.

En Canadá la ley de matrimonios homosexuales se hizo efectiva el 20 de junio de 2005. El matrimonio entre personas del mismo sexo estaba ya reconocido en ocho Provincias y la decisión del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 2004, había confirmado definitivamente su constitucionalidad.

En Estados Unidos el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo es un asunto que divide a los distintos estados. Actualmente legal en seis jurisdicciones, Massachusetts fue el Estado pionero, tras las sentencia de su Tribunal Supremo *Hilary*

10 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y otros, *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, cit., pág. 102.

*Goodridge and others v. Department of Public Health*, que resolvió que la prohibición de acceso al matrimonio de las parejas del mismo sexo violaba los derechos de libertad y de igualdad de determinados ciudadanos (los homosexuales). El 17 de mayo de 2004 entró en vigor la ley que permite extender licencia de matrimonio con plenos efectos a las parejas gays<sup>11</sup>. Con posterioridad otros cinco estados han dotado de carácter legal a estos matrimonios. Además Maine, Hawái, Oregón, Washington y Maryland permiten a las parejas homosexuales formalizar algún tipo de unión legal. Sin embargo el Gobierno Federal no reconoce los matrimonios del mismo sexo porque desde el Acta de Defensa del Matrimonio se prohíbe expresamente su reconocimiento a nivel federal. También conviene apuntar que desde el 1 de enero de 2009, treinta estados, a través de enmiendas constitucionales, han prohibido explícitamente el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, restringiendo el matrimonio civil a una unión legal que puede tener lugar exclusivamente entre un hombre y una mujer<sup>12</sup>.

También en el continente americano hay que hacer mención a Argentina, donde el 15 de julio de 2010 se aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo. Así se ha convertido en el primer país de Latinoamérica en reconocerlo a nivel nacional<sup>13</sup>. El 30 de Julio del 2010, en el registro civil de la ciudad de Frías, provincia de Santiago del Estero, se realizó el enlace de José Luis David Navarro y Miguel Ángel Calefato, siendo el primer matrimonio igualitario realizado en el país bajo el amparo de la nueva ley<sup>14</sup>.

En Bolivia no está reconocido el matrimonio ni las uniones civiles entre personas del mismo sexo, no obstante conviene apuntar que el artículo 14 de la nueva Constitución Política del Estado de 2009 (CPE) "prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona". Sin embargo, la normativa de derecho de familia boliviana sigue siendo la propia de un país en el que se considera el matrimonio como una unión entre un hombre y una mujer; así el artículo 63-I de la misma CPE dice que "el matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges". Al referirse a las uniones libres o de hecho, la CPE en su artículo 63-II se refiere expresamente a las "mantenidas entre una mujer y un hombre". Por otra parte, el 55 del Código Boliviano de Familia, al referirse a las formalidades

11 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y otros, *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, cit., pág. 104 y 105.

12 DE CRUZ, P., *Family Law, Sex and Society*, cit., págs. 267 y 268.

13 "Argentina, primer país de Latinoamérica en aprobar el matrimonio gay", *El País* - Buenos Aires - 15 de julio de 2010.

14 "Un jubilado y un divorciado ganan la carrera por ser los primeros en casarse", *El Mundo*, 31 de julio de 2010.

preliminares del matrimonio, habla de “el varón y la mujer que pretendan contraer matrimonio”

### 3. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La protección de los Derechos Humanos en Europa tiene en la actualidad dos foros distintos de protección. Por un lado, dentro de la esfera del Consejo de Europa, la otorgada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, en relación con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) y el menos conocido Comité Europeo de Derechos Sociales, con relación a la aplicación de la Carta Social Europea. Por otro lado, los derechos fundamentales también se encuentran protegidos por la Unión Europea, en mayor medida desde que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, y por aplicación del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea “tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”<sup>15</sup>. En este apartado me referiré a la jurisprudencia del TEDH dejando para el punto siguiente la consideración del matrimonio homosexual por parte de las Instituciones de la Unión Europea.

En Europa las relaciones homosexuales estuvieron tipificadas como delito en la mayoría de los países europeos hasta fechas bien recientes. La propia jurisprudencia del TEDH, hasta principios de los años ochenta, vino a confirmar la legitimidad de dicha tipificación legal.

El cambio de orientación en la jurisprudencia de Estrasburgo, que dio lugar a la despenalización de las relaciones homosexuales en el ámbito europeo, se produjo a partir de la sentencia **Dudgeon**, con fecha de 22 de octubre de 1981. Una vez asentada la doctrina despenalizadora de las relaciones homosexuales, se inició un proceso que debía derivar en la adquisición de un estatus de igualdad. En éste ámbito el TEDH también se pronunció, por ejemplo en las sentencias **Lustig-Pream and Beckett v. Reino Unido** y **Smith and Grady v. Reino Unido**, ambas de 27 de diciembre de 2007, que consideraron que la expulsión del ejército británico que sufrieron los demandantes por causa de su homosexualidad constituía una violación del artículo 8 del CEDH<sup>16</sup>. El Gobierno británico no discutía que los homosexuales fueran menos capaces o menos valientes que los heterosexuales, o que los demandantes

15 La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada solemnemente en Niza, el 7 de diciembre de 2000 por los presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea. En aquel entonces se dejó pendiente la decisión de si la Carta debía ser incorporada, o no, a los Tratados. Tras el fallo del “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa” del año 2004, en el que la Carta era incluida íntegramente en el texto constitucional como Título II del mismo, la Carta fue modificada en 2007 y tras Lisboa, si bien es mantenida como un texto aparte, sí que ve reconocido el mismo valor jurídico que los Tratados (Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Cfr. BAR CENDÓN, A., *Los Tratados de la Unión Europea, versión consolidada tras el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

16 El art. 8 del CEDH proclama el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

hubieran tenido algún problema de conducta antes de conocerse su condición. Pero alegaba que los intereses de la seguridad nacional estaban en juego y que admitir homosexuales en las fuerzas armadas tendría un significativo y negativo efecto en la moral de las fuerzas armadas. El TEDH no aceptó estos argumentos como justificación para limitar el derecho al respecto a la vida privada de los demandantes.

No obstante el avance más significativo en la lucha por la no discriminación de los homosexuales fue la consagración de la "orientación sexual" como un criterio discriminador a pesar de que no aparecía explícitamente en la enumeración realizada con el artículo 14 del CEDH, cuyo tenor literal dice que "el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación". Así, por ejemplo, se hizo referencia a este criterio en el caso *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (21 de marzo de 2000) o el caso *Kernel v. Austria* (24 de julio de 2003), en el que el TEDH consideró que la no extensión del derecho de subrogación arrendaticia al superviviente de una pareja homosexual constituía una discriminación "por razón de orientación sexual" (art. 14 CEDH) en relación con el derecho al respeto de la vida privada (art. 8). Cuando se da una diferencia de trato por razón de orientación sexual, el TEDH exige que las autoridades nacionales aporten una justificación especialmente intensa. El Tribunal acepta que la protección de la familia en el sentido tradicional es, en principio, una razón de peso que podría justificar una diferencia de trato, pero en las circunstancias del caso el Gobierno austriaco no aporta argumentación alguna para demostrar que esa finalidad exige no reconocer el derecho de subrogación arrendaticia a las parejas de mismo sexo<sup>17</sup>.

Sin duda es necesario hacer referencia al art. 12 del Convenio, que proclama el derecho a contraer matrimonio. Según este artículo "a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho". El tenor literal de este artículo ha generado grandes discusiones, precisamente por la referencia que hace al "hombre y la mujer". ¿Pretende indicar este artículo a que tanto hombres como mujeres tienen derecho a casarse o que tienen el derecho a casarse entre sí? ¿Por qué no se hace una referencia expresa a hombre y mujer por separado en otros artículos del Convenio? Conectado con este artículo se encuentra el tema del matrimonio entre transexuales, que plantea la cuestión de si la referencia que el artículo 12 hace a "hombre y mujer" obedece a criterios estrictamente biológicos.

En los casos *Rees* y *Cossey*, en Sentencias de 17 de octubre de 1986 (TEDH 1986, 11) y de 27 de septiembre de 1990 (TEDH 1990, 22), el Tribunal había

17 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y otros, *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, cit., pág. 82 y 83.

entendido que el art. 12 de la Convención se refería al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico diferente; y, en consecuencia, había considerado que la legislación inglesa, contraria a admitir la validez de un matrimonio contraído por un transexual con una persona de su mismo sexo cromosómico, no vulneraba el referido precepto. No obstante esta jurisprudencia experimentó un brusco viraje en 2002 a raíz de los conocidos casos *I. v. Reino Unido* y *Christine Goodwin v. Reino Unido*<sup>18</sup>. En estas sentencias el Tribunal admitió que la negativa a admitir el matrimonio de un transexual con una persona del mismo sexo cromosómico vulnera el artículo 12 de la Convención. Se reconoce que el precepto “alude sin duda expresamente el derecho para un hombre y una mujer a casarse”, no obstante “el Tribunal no está convencido de que actualmente se pueda seguir admitiendo que estos términos impliquen que el sexo deba ser determinados según criterios puramente biológicos”. Añade también que “los progresos de la medicina y de la ciencia han llevado consigo cambios radicales en el ámbito de la transexualidad”. De esta sentencia se concluye que el criterio legal de atribución del sexo no puede ser determinado exclusivamente por criterios biológicos, por lo que ha de reconocerse al transexual el derecho al cambio de sexo, con todas las consecuencias derivadas de dicho cambio, en particular, la de poder casarse con una persona que legalmente tenga un sexo distinto, aunque cromosómicamente sea idéntico al suyo.

No obstante la revisión de la postura del Tribunal respecto a los transexuales, que obedece en parte a que la mayoría de los Estados contratantes permiten ese tipo de matrimonios, no se extiende al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, respecto a los cuales no existe en la actualidad una convergencia de estándares entre los Estados firmantes del Convenio (solo 6 de 47 Estados permiten el matrimonio homosexual). Así se ha pronunciado el TEDH en el caso *Schalk and Kopf v. Austria*, de 24 de junio de 2010, que resume cuál es la jurisprudencia actual del Tribunal sobre este aspecto. En esta sentencia el Tribunal ha negado que el art. 12 de la Convención consagre obligación alguna de los Estados firmantes para permitir el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio.

En esta sentencia los demandantes eran dos ciudadanos austríacos que en 2002 habían pretendido casarse en su país, siéndoles denegada esta posibilidad por tratarse de personas del mismo sexo. El artículo 44 del Código Civil austríaco de 1812 (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), al hablar del matrimonio se refiere expresamente a “personas del sexo opuesto”. Tras apelar en su país y serles finalmente desestimado el recurso por el Tribunal Constitucional austríaco en 2003, las partes decidieron llevar su caso a Estrasburgo. En su demanda alegaban una violación de art. 12 del Convenio así como del art. 14 en conexión con el art. 8. Conviene apuntar que el 1 de enero de 2010 entró en vigor en Austria la *Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*, o Ley de Parejas Registradas, pensada para proveer a las parejas homosexuales de

18 Sentencias TEDH de 11 de julio de 2002.

reconocimiento y efectos legales. Respecto a la violación del art. 12 del Convenio el Tribunal hace consideración al art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, al referirse al derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia omite cualquier referencia a "hombre y mujer", dejando la decisión de admitir los matrimonios entre personas del mismo sexo a los Estados. En consideración del art. 9 de la Carta, el TEDH ya no considera que el equivalente art. 12 del Convenio se restrinja únicamente a parejas de sexo opuesto, no obstante la cuestión de permitir o no el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio se deja a la elección de los Estados contratantes, considerando que la institución del matrimonio tiene un profundas raíces sociales y connotaciones culturales que pueden diferir enormemente de una sociedad a otra. Por tanto concluye que el art. 12 del CEDH "no impone una obligación a los Gobiernos de permitir el acceso de una persona del mismo sexo al matrimonio".

En relación con la alegada vulneración del art. 14 en conjunción con el 8, el Tribunal recuerda que para que exista una discriminación es necesario que exista un trato desigual en circunstancias que son relevantemente similares. Esta diferencia de trato es discriminatoria cuando no está justificada objetiva y razonablemente. También recuerda que tanto las diferencias basadas en el sexo como en la orientación sexual requieren razones particularmente serias para ser justificadas. Así en el caso de las parejas del mismo sexo, éstas, al igual que las parejas heterosexuales, pueden establecer una relación estable y con compromiso, y, por tanto, se encuentran en una situación relevantemente similar a las parejas de sexo opuesto en lo relativo a su necesidad de reconocimiento y protección legal. Sin embargo el Tribunal entiende que el Convenio debe entenderse como un "todo" y que si el art. 12 no impone a los Estados la obligación de permitir el matrimonio homosexual, tampoco pueden imponerla unos artículos de carácter más genérico como los arts. 14 y 8. El Tribunal también explica que la falta de protección legal de su relación ha cesado desde que entró en vigor la Ley de Parejas Registradas. Si bien en las últimas décadas un gran número de países han conferido reconocimiento legal a las uniones entre homosexuales todavía no son mayoría entre los Estados parte de, Convenio. Por lo tanto esta materia debe considerarse en proceso de evolución y todavía sin consenso, en la que los Estados deben mantener un margen de apreciación respecto al momento en el que introducir cambios legislativos. Aunque Austria no se encuentre en la vanguardia de este reconocimiento legal de las uniones del mismo sexo, no se le puede reprochar no haber introducido antes los cambios legales. Tampoco son admisibles las alegaciones de las partes respecto a que las previsiones de la Ley de Parejas Registradas no crea un estatuto exactamente idéntico al del matrimonio, sino que se mantienen algunas diferencias, por ejemplo en materia de paternidad. El Tribunal entiende que, en conjunto, no hay ningún indicio de que Austria se haya excedido de su margen de apreciación en la elección de los derechos y obligaciones

conferidas a las parejas registradas y que, por tanto, no existe una violación de los referidos artículos.

Esta postura del TEDH ha sido también recientemente compartida por el Consejo Constitucional francés, que en su decisión del pasado 28 de enero de 2011<sup>19</sup> declaró que la prohibición del matrimonio homosexual es legal. Los nueve “Sabios” que lo componen, como se les conoce en Francia, recordaron que según los artículos 75 y 144 del Código Civil, “el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer”. Además el órgano francés indicó que el legislador, “en el ejercicio de su competencia, estimó que la diferencia de situación entre las parejas del mismo sexo y las parejas compuestas por un hombre y una mujer podría justificar una diferencia de trato en cuanto a las reglas de derecho de la familia”. “No corresponde al Consejo Constitucional substituir su apreciación (la del legislador) a la hora de tener en cuenta esta diferencia de situación”. En su razonamiento el Consejo Constitucional Francés hace referencia a la jurisprudencia del TEDH, en especial a la sentencia de 24 de junio ya explicada, según la cual tanto el art. 12 del CEDH como el art. 9 de la CDFUE, no imponen la obligación a los Estados de regular el matrimonio homosexual.

#### 4. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Para finalizar quiero hacer una breve referencia a la situación del matrimonio homosexual dentro de la Unión Europea. Como ya he comentado, el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no hace mención a “hombre y mujer” para declarar el derecho a contraer matrimonio y a la vida familiar. Según su tenor literal “se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. También la no discriminación por razón de orientación sexual ha sido reconocida expresamente por el art.21 de la Carta.

Actualmente 5 de los 27 Estados miembros de la Unión han aprobado el matrimonio homosexual, mientras que otros 11 admiten las uniones legales, con distinto grado de reconocimiento de derechos y obligaciones.

Ya en 2003 la comisión anual de libertades del Parlamento Europeo presentó un informe, que finalmente no fue aprobado, en el que se instaban a los países miembros a reconocer a las parejas homosexuales los mismos derechos de las parejas heterosexuales. Aunque el texto fue rechazado por 279 votos contra 259 y 9 abstenciones, el parlamento aconsejó a la Unión Europea la inclusión en su agenda política el debate sobre los matrimonios homosexuales<sup>20</sup>.

19 Décision n° 2010-92 QPC de 28 janvier 2011.

20 “El Parlamento Europeo decide hoy si apoya el matrimonio entre homosexuales”, El País, 14 de enero de 2003.

Finalmente un nuevo informe fue aprobado el 15 de enero de 2009 por 401 votos contra 220 y 67 abstenciones<sup>21</sup>. En este informe el Parlamento Europeo "pide a los Estados miembros que han adoptado legislación relativa a las parejas del mismo sexo que reconozcan las normas adoptadas por otros Estados miembros con efectos similares; pide a estos Estados miembros que propongan directrices para el reconocimiento mutuo entre Estados miembros de la legislación existente con el fin de garantizar que el derecho a la libre circulación en la Unión Europea de las parejas del mismo sexo se aplique en las mismas condiciones aplicables a las parejas heterosexuales", "Urge a la Comisión a presentar propuestas para garantizar que los Estados miembros apliquen el principio del reconocimiento mutuo a las parejas homosexuales, ya estén casadas o en régimen de pareja inscrita civilmente, en particular; cuando ejercen su derecho de libre circulación derivado de la legislación de la Unión" y "pide a los Estados miembros que aún no lo hayan hecho, que, en aplicación del principio de igualdad, adopten medidas legislativas para superar la discriminación que sufren algunas parejas por motivos de su orientación sexual"<sup>22</sup>.

---

21 Parlamento Europeo (14 de enero de 2008). Nota de prensa: "El PE critica los comentarios de líderes religiosos y políticos contra los homosexuales".

22 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2009, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008 [2007/2145(INI)].



COMENTARIOS  
NORMATIVOS





## EL TIPO PENAL EN EL TIEMPO

Clemente Espinoza Carballo\*

El delito, de manera general, puede definirse como el ataque a bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal; o, como toda acción dolosa o culposa descrita en la ley penal y sancionada con una pena, con una medida de seguridad o ambas; en consecuencia, para que el aparato de persecución penal del Estado se active, se requiere la necesaria adecuación de la conducta del agente al tipo penal, sea por acción u omisión, lo cual en definitiva constituye la materialización del tipo previsto en la norma punitiva.

Por otra parte, las conductas punibles, se encuentran descritas de manera individual en la denominada Parte Especial del Código Penal; es decir, que podemos afirmar que todas las acciones u omisiones punibles, se encuentran tipificadas en el Código Penal y demás leyes penales complementarias como la Ley N° 1008 y otras.

La jurisprudencia constitucional, a través de la S.C. N° 161/2003-R de 14 de febrero de 2003, establece que para la existencia del delito, deben concurrir los siguientes elementos esenciales: la acción, **tipicidad**, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, y que la inconcurrencia de cualquiera de ellos, hace inexistente el delito; vale decir, que la tipicidad deviene en ser la realización del tipo penal, sea por acción u omisión.

**Pese a que los tipos penales de manera clara e inequívoca se encuentran descritos en la ley penal, se presentan situaciones en las que sin que el texto legal se modifique, las condiciones para que el tipo se realice o se materialice, varían en el transcurso del tiempo;** verbigracia: el art. 153 del Código Penal (modificado por el art. 34 de la Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010), bajo el nomine juris de “RESOLUCIONES CONTRARIAS A LA CONSTITUCION Y A LAS LEYES”, señala:

**“La servidora o el servidor público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución o a las leyes o ejecutare o hiciere ejecutar dichas resoluciones u órdenes, será sancionado con privación de libertad de cinco a diez años.**

**La misma pena, será aplicada cuando la resolución sea emitida por un fiscal.**

---

\* Abogado

**Si el delito ocasionare daño económico al Estado, la pena será agravada en un tercio”.**

Este delito (tipo penal contenido en el art. 153 del actual Texto Ordenado del Código Penal), en lo esencial no ha sufrido modificaciones desde que se promulga el Decreto Ley N° 10426 en fecha 23 de agosto de 1972 y su publicación en la Gaceta Oficial de Bolivia de enero de 1973; por cuanto, el delito de “Resoluciones Contrarias a la Constitución y a las Leyes” en el Código Penal de 1972, señalaba:

***“El funcionario público o autoridad que dictare resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución o a las leyes o ejecutare o hiciere ejecutar dichas resoluciones u órdenes, incurrirá en reclusión de un mes a dos años”.***

Cabe señalar que, el tipo penal de **“resoluciones contrarias a la Constitución y a las leyes”**, no fue objeto de ninguna modificación hasta el 31 de marzo de 2010, fecha en que se promulga conforme se ha expresado, la Ley N° 004 o Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ”; vale decir, no se modificó a través de la denominada Ley N° 1768 de Modificaciones al Código Penal de 10 de marzo de 1997, que constituye la primera reforma significativa del Código Penal y modificaciones parciales posteriores, hasta el 31 de marzo de 2010.

Por otra parte, el delito de resoluciones contrarias a la Constitución y a las leyes, conforme a la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (actual Tribunal Supremo de Justicia), constituye un delito instantáneo; así ha quedado expresado a través de los fundamentos de decisión contenidos en el A.S. N° 142 (Sala Penal I) de 17 de marzo de 2008, que en lo pertinente, señala:

***“Ahora bien, dada la naturaleza jurídica del delito de resoluciones contrarias a la Constitución y las leyes, el delito se configura, precisamente, con el pronunciamiento de la resolución u orden contraria a la Constitución o a las leyes, estamos por consiguiente, ante un delito de carácter instantáneo, puesto que, con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo, queda realizado o tipificado el hecho, sin que se requiera acción posterior para su continuidad o vigencia”.***

El delito de **“resoluciones contrarias a la Constitución y a las leyes”**, que conforme lo hemos expresado se tipifica como tal en el Código Penal promulgado por Decreto Ley N° 10426 de 23 de agosto de 1972 y su posterior publicación de la Gaceta Oficial de Bolivia en enero de 1973 y modificado mediante la Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010, tiene distintas connotaciones en el transcurso del tiempo; por cuanto, para que se produzca la comisión de este delito, o más concretamente las acciones de su materialización, han variado sustancialmente desde la vigencia del Tribunal Constitucional de la República como órgano encargado

del control de constitucionalidad que fue incorporado a la Ley Fundamental de la República mediante Ley N° 1585 de 12 de agosto de 1994 Ley de Reforma a la Constitución Política del Estado y posterior Ley N° 1615 de 6 de febrero de 1995 o Ley de Adecuaciones y Concordancias de la Constitución Política del Estado – Texto Completo y posterior Ley del Tribunal Constitucional o Ley N° 1836 de 1° de abril de 1998, que en su art. 2 establece la **presunción de constitucionalidad**, al señalar:

***“Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los órganos del Estado, hasta tanto el Tribunal Constitucional resuelva y declare su inconstitucionalidad”.***

La **presunción de constitucionalidad** de toda ley, resolución y actos de los órganos del Estado en todos sus niveles, se mantiene en la actual Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional o Ley N° 027 de 6 de julio de 2010 y cuya vigencia plena comienza a partir del primer día hábil del año 2011, que en su art. 5, señala:

***“Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Organos del Estado, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad”.***

De los antecedentes relacionados, podemos concluir que a partir de la creación y vigencia del Tribunal Constitucional de la República (actual Tribunal Constitucional Plurinacional), necesariamente se tienen que discriminar dos aspectos para efectos de la materialización o realización del tipo penal, a saber:

**-Si la resolución emerge de una autoridad u órgano que tenga competencia.**

**-Si la resolución emerge de una persona, autoridad u órgano que no tenga competencia.**

En el primer supuesto, **al existir una presunción de constitucionalidad**, para que se configure del delito se requiere que el órgano encargado del control de constitucionalidad, que en el presente caso es el Tribunal Constitucional, se pronuncie y declare respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, resolución o acto de que se trate.

En el segundo supuesto, si la persona, autoridad u órgano pronuncia una resolución contraria a la Constitución y a las leyes, se considerará consumado el delito de forma instantánea, no siendo necesario el control de constitucionalidad, ya que al no tener competencia para pronunciar la ley, resolución o realizar el acto de administración pública, el control de constitucionalidad resulta oficioso; por cuanto, las resoluciones o actos deben emerger de las actividad de derecho público o de administración desarrollada por el Estado y sus instituciones y el tipo penal, impone

observar las facultades que ejerce un determinado ente público, poniendo límites a su competencia para evitar excesos de autoridad.

De lo expresado, podemos concluir sucintamente que determinados tipos penales (delitos), pese a no sufrir ninguna modificación en su texto normativo, resultan afectados o modificados en el transcurso del tiempo en cuanto se refiere a los elementos a considerarse para su comisión o consumación, cual ocurre con el delito de resoluciones contrarias a la Constitución y a las leyes previsto y sancionado por el art. 153 del Código Penal, que como emergencia de la creación y vigencia del órgano encargado del control de constitucionalidad (Tribunal Constitucional) a través de la Ley N° 1836 de 18 de abril de 1998; lo cual también es válido, respecto de la Ley N° 027 de 6 de julio de 2010, que conforme se ha expresado, contiene la presunción de constitucionalidad de la ley, decreto, resolución u orden emanado de los órganos del Estado que tienen competencia para ello.

## OBJECCIÓN A LA PERSONERÍA DEL QUERELLANTE: Art. 291 CPP

Orlando Parada Vaca\*

### **Consideraciones preliminares:**

El procedimiento penal tiene definidas las opciones de defensa para el imputado: **a)** la objeción a la admisibilidad de la querrela y la personería del querellante (Art. 291); **b)** las excepciones (Art. 308); **c)** los incidentes de nulidad de actuaciones (Arts. 167 a 170 CPP); **d)** La defensa de fondo en el juicio oral; **e)** Los incidentes previstos en los Arts. 167 a 170; y, **f)** Los recursos a que se refieren los Arts. 394 y siguientes CPP.

Cada una de estas opciones cumple finalidades distintas. De ahí que, la posibilidad de objetar las cualidades procesales y el carácter con que el querellante acciona la jurisdicción penal, es en el momento procesal que ofrece el Art. 291 CPP.

Entendemos que el Art. 291 CPP limita las posibilidades reales de defensa del imputado colocándolo en estado de inseguridad jurídica frente al Estado cuando sólo le permite atacar la personería del querellante.

Consultados algunos autores que se han referido al tema nos hemos encontrado con que, la mayoría, entiende que la permisividad de la norma está referida a los aspectos formales de la querrela.

*“A partir de la presentación de la querrela, el fiscal o el imputado podrán objetar su admisibilidad sólo por cuestiones formales”* (Herrera Añez, William, *El Proceso penal boliviano*, Kípus, Cochabamba, 2007, p. 205). Dado que el trabajo es un manual, Herrera Añez no ingresa al detalle y deja de referirse al otro motivo de la objeción: la personería del querellante.

#### \* Orlando Parada Vaca

Director de la Fundación Iuris Tantum y de la Revista Boliviana de Derecho. Lic. en Derecho de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno. Especialidad y Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil por la U.A.G.R.M. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia.

Sí lo hace Clemente Espinoza: *“La norma prevé que se puede objetar la querrela únicamente en cuenta a dos aspectos: Incumplimiento de requisitos formales, y Personería del querellante.*

*En el primer caso, el juez ordenará su complementación en el plazo de tres días, bajo sanción de tenerla por no presentada.*

*En lo relacionado a la personería, abarca dos aspectos: el primero, en cuanto a las personas a quienes se les reconoce la calidad de víctimas y tienen la facultad de ser querellantes conforme a los arts. 76 y 78; otro aspecto, lo constituye la insuficiencia de representación por mandato, que estaba contemplada dentro de las denominadas “**otras cuestiones prejudiciales**” por el art. 183 del código abrogado”* (Espinoza Carballo, Clemente, *Código de Procedimiento Penal (Anotaciones, comentarios y concordancias)*, 3ra. Edición, Ed. El País, Santa Cruz, 2007, p. 279)

En opinión de Ciro Añez, la cuestión desnuda una falencia en el control jurisdiccional sustancial de la acusación que bien podría ser atacada a través de la excepción de falta de acción: *“..., la excepción de falta de acción se interpone cuando la acción penal no ha sido legalmente promovida o porque existe un impedimento legal para proseguirla. En este sentido, la jurisprudencia ha establecido que la falta de legitimación activa del querellante, esto es, la ausencia de condición de víctima constituye una acción penal ilegalmente promovida”* (Añez Núñez, Ciro, *La Etapa Intermedia*, Iuris Tantum y Ed. El País, Santa Cruz, 2010, p. 141).

Consultamos igualmente a otros autores como Ortega Soto y Córdova Saavedra. El segundo no emite opinión sobre el tema y el primero, sin emitir criterio al respecto, aporta con una profusa jurisprudencia constitucional, aunque ninguna del año 2010.

En nuestro criterio, el Art. 291 CPP sólo permite cuestionar la personería del querellante entendiendo, implícitamente, que:

**a.-** La personería del querellante sólo puede ser objetada cuando se observa ausencia de capacidad jurídica, capacidad para ser parte y capacidad procesal de las personas físicas y, tratándose de personas jurídicas cuando no se haya adjuntado el Poder de representación suficiente.

**b.-** Que el requisito de personería no exige la acreditación previa de legitimación procesal activa para accionar la jurisdicción penal y, por tanto, que no es necesario que se aporten elementos que hagan presumir que el querellante tiene la condición de víctima.



**c.-** El párrafo primero del Art. 291 CPP al limitar la posibilidad de objeción a la personería del querellante, afecta a los derechos del imputado desde que: Le impide atacar la ausencia de los elementos estipulados en el Art. 290 CPP entre los que se cuenta el establecido en el numeral 4), es decir, que el querellante formule una relación circunstanciada del hecho, sus antecedentes o consecuencias conocidas y, si fuera posible, la indicación de los presuntos autores o partícipes, víctimas, damnificados y testigos.

La exigencia de una relación circunstanciada está referida al aporte de elementos de verosimilitud de que, efectivamente, se estaría afectando, restringiendo o amenazando un derecho reconocido por la norma objetiva que justifica la actuación de la jurisdicción penal. He aquí la necesidad de acreditar mínimamente la verosimilitud del derecho, de arrimar elementos indiciarios sobre la existencia del ilícito penal denunciado.

**d.-** Además de los requisitos formales del auto de admisión de la querrela contemplados en el Art. 290 CPP, deben considerarse como elementos formales a ser exigidos al querellante y que debieran poder ser objetados por el imputado, aquellos contemplados en el Art. 78 en relación al Art. 76 CPP y del Art. 304 -1) y -2) del mismo compilado.

El fiscal puede rechazar una querrela cuando llegue a la convicción que el hecho no existió, que no está tipificado como delito o que el imputado no habría participado en él; o, cuando la investigación no haya aportado elementos suficientes para fundar la acusación.

Se desprende, entonces, que debe acreditarse y, por tanto, puede objetarse no sólo la personería del querellante, sino además, la existencia del supuesto de hecho, que ese hecho esté tipificado como delito y la existencia de una relación causal directa con el sindicado como autor o cómplice.

**e.-** Similares requisitos son exigidos por el Art. 341 -2) y -3) CPP, normas de las que se desprende que la objeción debe contemplar elementos más amplios que aquellos definidos en la personería del querellante; como ser: a) Los elementos de verosimilitud sobre la ocurrencia del ilícito penal; y b) Los elementos de convicción que hagan presumir la existencia del delito y, c) Que sea el denunciado el posible autor del hecho.

Esas son exigencias mínimas necesarias para que la querrela o acusación particular pueda ser admitida conforme a derecho y el imputado tiene el derecho de objetar la ausencia de esos elementos, sin circunscribirse únicamente a la personería del querellante.

f.- Finalmente, constituye un **requisito formal** que debe ser examinado antes de admitir una acusación particular; **que el querellante acredite su condición de víctima**. De igual manera, la ausencia de este requisito debe permitirse que pueda ser objetado por el imputado al tenor del Art. 291 CPP.

Téngase presente que sólo puede ejercer el derecho de acción penal, esto es, sólo puede ejercer el papel de querellante (Art. 78 CPP), quien acredite su condición de víctima (Art. 76 CPP), es decir, las personas directamente ofendidas o agraviadas por el delito. Así también lo tiene ordenado el Art. 18 CPP, que sólo la víctima podrá ejercer la acción penal privada.

Para acreditar la condición de víctima y, por tanto, ostentar la posición habilitante que permita articular la querrela, es preciso que se demuestre el agravio, daño o perjuicio. Esas condiciones deben ser exigidas al querellante y, por tanto, permitírsele al imputado que pueda objetar la querrela por la manifiesta falta de esos elementos, atacando que el querellante goza de suficiente legitimación activa para accionar la jurisdicción penal y someter al imputado a un proceso ilegal e indebido.

La norma sobre la que pretendemos esbozar este comentario reza:

**Art. 291 CPP.- (Objeción).**- *El fiscal o el imputado podrán objetar la admisibilidad de la querrela y la personería del querellante. La objeción se presentará ante el juez, en el plazo de tres días computables a partir de su notificación.*

*El juez convocará a las partes a una audiencia oral que deberá realizarse dentro de los tres días de presentada la objeción y la resolverá inmediatamente de finalizada la audiencia.*

*Cuando se funde en la omisión o defecto de los requisitos formales de admisibilidad, el juez ordenará su corrección en el plazo de tres días, caso contrario se la tendrá por no presentada.*

*El rechazo de la querrela no impedirá continuar con la investigación, cuando se trate de delitos de acción pública.*

De la norma transcrita se infiere que, en el momento de presentar la objeción, ya está identificada la víctima o sujeto pasivo directamente ofendido por el hecho delictivo (Art. 76 CPP), dado que sólo la víctima puede promover la acción penal mediante querrela (Art. 78 CPP). La querrela, entonces, es una especie de imputación particular a una persona por la comisión de un delito.

Por el tenor de la norma, estaríamos frente a delitos de acción pública o delitos de acción pública a instancia de parte con intervención de la víctima a través de

querella. Si se tratara de delitos de acción privada el Ministerio Público no tendría intervención, lo mismo que en los casos de delitos de acción pública donde se ha autorizado la conversión de acciones, que significa la renuncia a la persecución penal de parte del Ministerio Público.

### **A.- Los sujetos activos contemplados en la norma:**

Los sujetos o partes a los que se refiere la norma son el Ministerio Público y el querellante, quienes tienen legitimación activa para activar la jurisdicción ordinaria penal e interponer su objeción a la admisibilidad de la querella o la personería del querellante.

#### **I.- El fiscal asignado al caso:**

El Ministerio Público sólo podrá intervenir en los procesos que se tramitan por delitos de acción pública y en los que requieren instancia de parte que están definidos en el Art. 19 CPP.

En los delitos de acción pública donde el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal y, aunque la víctima no está impedida de presentar querella, ésta deberá ser presentada ante el fiscal, al tenor del Art. 290 CPP, quien deberá correrla en traslado al imputado y, aunque no tenga facultades ni competencia para admitirla sí la tiene para rechazarla (Art. 304 CPP).

Esta posibilidad de rechazar la querella le inhiere luego para objetar su admisibilidad por el órgano jurisdiccional. No es dable que el fiscal pueda objetar una actuación del querellante como es la querella, cuando él mismo es quien ha ejercido el control previo respecto al cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el Art. 290 CPP.

*“Del análisis de la disposición, se concluye que el control previo, en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales de la querella, corresponde al Ministerio Público”* (Espinoza, ob.cit., p. 280).

En los delitos que requieren instancia de parte o denuncia, esto es, cuando la acción penal no puede ser ejercida de oficio –salvo las excepciones contempladas en el Art. 17 CPP–, el fiscal también habrá tenido oportunidad de cuestionar ambos elementos.

En los delitos de acción privada y, autorizada la conversión de acciones en los dos primeros supuestos del Art. 26 CPP (delitos que requieren instancia de parte y aquellos que, aún siendo de acción pública, son culposos, tienen contenido patrimonial y que no hayan tenido la muerte como resultado de la acción) ninguna participación podrá tener el Ministerio; esto es, estaría totalmente excluido de las previsiones del Art. 291 CPP.

Si lo afirmado en este acápite es cierto, la redacción del Art. 291 CPP no ha sido la más acertada, pues se ha incluido a la figura del fiscal para que pueda objetar la admisibilidad de la querrela o la personería del querellante, cuando en la práctica esta autoridad ha tenido suficientes ocasiones para cuestionar ambos elementos desde el inicio de la investigación y hasta el momento de serle presentada la querrela (Art. 290 CPP), porque en ese momento puede ejercer las facultades que le confiere el Art. 304 CPP y emitir resolución fundamentada rechazándola.

La posición asumida podría verse reforzada con la amplia jurisprudencia constitucional, iniciada creo con la SC 0115-2004 –R de 28 de enero y confirmada por la SC 1069-2010 –R de 23 de agosto, por la que han interpretado que la querrela debe ser notificada al imputado antes de su admisión. Esto no significa que el fiscal no pueda rechazarla, pero de no hacerlo, no tendría condiciones legítimas para objetarla.

“La **objeción de querrela** es una facultad que la Ley le confiere al imputado para que observe la admisibilidad de la misma y la personería del querellante por consiguiente **debe ser resuelta antes de su admisión y antes de cualquier otro actuado procesal sin que pueda ser suplido con otros recursos como la interposición de excepciones**”. (SC 115/04 –R de 28-01). (Negritas y subrayado es nuestro)

Las facultades de objetar la admisibilidad de la querrela y la personería del querellante estarían conferidas única y exclusivamente al imputado o sujeto activo del delito.

## **2.- El querellante:**

La participación o intervención de la víctima está permitida en todo tipo de delitos (Art. 11 CPP). Desde que interpone querrela es considerada parte del proceso penal con todos los derechos, cargas y obligaciones que ello conlleva (Art....), la misma que podrá ser presentada hasta el momento de la presentación de la acusación fiscal (Art- 79 CPP).

Por mandato del Art. 290 CPP la querrela deberá ser presentada ante el fiscal cumpliendo los requisitos formales allí estipulados. Sin embargo, la objeción a que hace referencia la norma que comentamos, debe ser presentada ante el juez. Provoca mucha confusión que ambas actuaciones procesales deban ser presentadas ante autoridades distintas: la querrela ante el fiscal y la objeción ante el juez.

Por lo general, cuando el denunciado presenta la objeción ante el juez cautelar, ésta autoridad exige que se acredite la notificación fiscal, cuando esa diligencia debiera ser realizada por el Ministerio Público, pues el órgano que procedió a practicar la notificación debe hacer conocer formalmente de esa actuación al Juez cautelar, que

ejerce el control jurisdiccional en esta etapa del proceso investigativo. La carga de la notificación se transfiere del acusador al denunciado, violentándose el propio sistema penal acusatorio, donde la carga de la prueba le corresponde a quien acusa.

En todo caso, considero que la confusión se genera por las disposiciones contenidas en los Art. 290 y 291 CPP; y sobre este asunto, creo que no existe aún pronunciamiento jurisprudencial.

De acuerdo al Art. 291 CPP, al imputado se le ofrecen dos posibilidades de cuestionar la acción penal, en este estado del procedimiento:

- a.-** Objetar la admisibilidad de la querella.
- b.-** Objetar la personería del querellante.

### **B.- Admisibilidad de la querella:**

La admisión de la querella es un acto jurisdiccional, por tanto, cualquier cuestionamiento de este acto está dirigido, consecuentemente, al Auto dictado por el juez de la causa. Se ataca, por tanto, la actuación jurisdiccional.

Quienes tienen legitimación para interponer esta objeción son el fiscal y el imputado. El primero manifestando disconformidad con la querella o con la propia admisión judicial. El imputado, sin embargo, podrá atacar el auto de admisión por diversos motivos, a los que intentaremos referirnos más adelante.

La SC 1069/2010 –R de 23 de agosto, resume el criterio del intérprete constitucional en sentido que la querella, antes de ser admitida debe ser corrida en traslado al imputado para que pueda objetarla, para luego disponer, si corresponde, la admisión de la querella.

“El **art. 291 del CPP**, establece el mecanismo procesal a través del cual el fiscal o el imputado pueden objetar la admisibilidad de la querella y la personería del querellante, cuyo procedimiento se encuentra descrito en el referido artículo del CPP.

De acuerdo a la última parte del **art. 290 del CPP**, una vez presentada la querella, ésta debe ser puesta en conocimiento del imputado; pudiendo éste o el fiscal objetar la admisibilidad de la querella y la personería del querellante, conforme sostiene el art. 291 del CPP; objeción que debe ser formulada en el plazo de tres días computables a partir de su notificación, debiendo el juez convocar a las partes a una audiencia oral que deberá realizarse dentro de los tres días de presentada la objeción, en la que -a su finalización- resolverá la objeción planteada.

Ahora bien, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional contenida en la **SC 0115/2004-R de 28 de enero**, reiterada por la **SC 0751/2004-R de 14 de mayo** “**La objeción de querrela** es una facultad que la Ley le confiere al imputado para que observe la admisibilidad de la misma y la personería del querellante por consiguiente debe ser resuelta antes de su admisión y antes de cualquier otro actuado procesal”.

Conforme a la interpretación de los **arts. 290 y 291 del CPP**, primero debe notificarse con la querrela al imputado, quien puede presentar la objeción a su admisibilidad, para luego -si presenta la objeción- celebrar una audiencia oral para que el juez la resuelva inmediatamente, y una vez finalizada la audiencia, disponer -si corresponde- la admisión de la querrela”. (SC 1069-2010 –RAC de 23-08) (Negrillas y subrayado es nuestro)

Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional se ha convertido en legislador negativo al extirpar del Art. 291 CPP, la posibilidad de objetar la admisión de la querrela. Ahora, la norma debe ser interpretada en sentido que sólo puede objetarse la personería del querellante y, será en otro momento (no se indica en cuál) que podrá objetarse la admisibilidad de la querrela, es decir, el Auto mediante el cual el juez admite la querrela.

De acuerdo a este entendimiento, estaríamos frente a una nueva configuración de estos actuados procesales. Primero, sólo se puede objetar la personería del querellante y el único legitimado para hacerlo es el denunciado o imputado, pues el fiscal ha tenido todas las posibilidades de cuestionar la calidad de víctima del querellante, desde el momento de recibir la denuncia en sede policial.

Segundo, la objeción a la admisibilidad de la querrela podrá ser formulada por el fiscal o por el imputado cuando, entendemos, el juez no ha reparado en el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en el Art. 290 CPP; es decir, ha admitido a trámite una querrela que no cumple con todos los requisitos de la citada norma. Si esta interpretación es correcta tendrá que releerse el Art. 290 CPP.

El juzgador tiene la posibilidad que le ofrece el Art. 376 CPP de desestimar la querrela, esto es, no admitirla que significa el rechazo de la misma; la que podrá ser nuevamente interpuesta cuando se trate de algunos requisitos a los que hace referencia el Art. 290 CPP. En los dos primeros supuestos del Art. 376 CPP, la resolución tiene características de auto interlocutorio definitivo.

La objeción a la admisibilidad de la querrela está dirigida contra el acto jurisdiccional dictado por el juez, entonces es esta autoridad la que deberá reponer el Auto de Admisión y el plazo para ello, también es de tres días dado que, deberá resolver la objeción redargüida en la audiencia oral que tendrá que ser fijada en el plazo de tres días de presentada la objeción.

La norma no contiene disposición alguna respecto al traslado al querellante para que tenga oportunidad de contestar la objeción rebatiendo los argumentos allí contenidos. Recibida la objeción, el juez debe señalar audiencia oral para resolverla la misma que deberá realizarse dentro de los tres días de presentada.

Si bien el Auto que cita el juez señala la audiencia dentro de los tres días que le ordena la norma, en la práctica este plazo es de difícil cumplimiento por el tema de las notificaciones a las partes; y, dado, que el querellante quiere más plazo para preparar su ataque a la objeción, no da muestras de interés en provocar las notificaciones. El órgano jurisdiccional tampoco da muestras de interés en hacer conocer a las partes las actuaciones judiciales. La mayor parte de los jueces penales entiende que son las partes las que deben agilizar el proceso en atención a su propio interés.

El ataque al Auto de admisión de la querrela podrá estar dirigido por:

- a) Habérsela admitido conteniendo defectos materiales;
- b) Haberse admitido la querrela que contiene defectos formales; o,
- c) Porque el propio Auto demuestra defectos procesales.

Haberse admitido la querrela que contiene defectos materiales:

Debemos partir de la premisa que el objeto del proceso penal está definido por **el hecho delictivo** y la **persona o personas** a quienes se les endilga el haberlo cometido.

Por ello, uno de los requisitos esenciales para admitir una querrela es que el querellante acredite mínimamente sobre la existencia del hecho, de la participación probable del denunciado y además, la verosimilitud de su derecho y su legítimo interés. Estas exigencias son ineludibles de ser estudiadas por el juzgador: Hasta para solicitar una orden judicial cualquiera, el órgano jurisdiccional exige que el solicitante acredite su derecho e interés.

En materia penal, estos elementos son exigidos en el Art. 290 -4) y -5). A través de la relación circunstanciada de los hechos, las consecuencias conocidas, la indicación de los presuntos autores y el detalle de los elementos de prueba, el juez tendrá la oportunidad de apreciar la verosimilitud del derecho reclamado por la supuesta víctima.

Sólo con estos elementos el juez puede presumir que existen suficientes elementos de convicción como para activar la jurisdicción penal y proceder al inicio o continuidad de las investigaciones.

Estas exigencias no tienen ninguna connotación que pueda significar prejujuamiento, porque no se entra al fondo del asunto sino a los aspectos exteriores de la pretensión deducida.

Admisión de querrela que contiene defectos formales:

Podría entenderse que los requisitos formales de la querrelase encuentran contenidos en los incisos 1), 2), 3) y -6) del Art. 290 CPP.

Las generales del querellante con indicación de su cédula de identidad, su domicilio real y procesal y, el Poder que le faculte actuar en caso de personas jurídicas con mención de domicilio y nombre del representante legal, más la prueba documental si la hubiera o la indicación del lugar donde se encuentra, se constituyen en requisitos formales que debe contener la querrela.

Si la querrela no cumple con los citados requisitos, se entiende que estas carencias constituyen lo que arbitrariamente llamamos de formales, los que pueden ser subsanados por el querellante y el Juez debe otorgar un plazo de tres días para ese efecto, porque no hacen a la esencia de la acción y sí a las condiciones necesarias para la activación de la jurisdicción penal de parte de quien asume la condición de actor, víctima o querellante. Este es el plazo contemplado en el Art. 291 CPP.

Presentada la querrela y antes de su admisión, de acuerdo al Art. 376 -3) CPP el juez puede desestimarla si falta alguno de los requisitos contemplados en el Art. 290 CPP, permitiéndose en este caso, que vuelva a presentar la querrela corrigiendo los defectos y haciendo mención a la desestimación anterior:

El Auto de admisión acusa defectos procesales:

De los defectos que puede contener el Auto de admisión de la querrela, es posible diferenciarlos así:

### **1.- Errores en el procedimiento de admisión:**

Normalmente, el juez admite la querrela y la corre en traslado a los denunciados o imputados; pero, de acuerdo a las SSCC 115/04 –R de 28-01, 751/04 –R de 14-05, 1517/04 –R de 01-10, 302/06 –R de 29-03, 646/06 –R de 05-07, 279/07 –R de 17-04, 486/07 –R de 13-06 y 1069/2010 –R de 23-08, entre otras, antes de admitirla el juez debe correrla en traslado y luego del trámite propio de la objeción, admitirla.

Presentada la querrela y recibida por el juez, debehacerla conocer al imputado para que, previo a su admisión, pueda éste objetar la personería del querellante. Nótese que las SSCC citadas no hacen mención a la notificación al fiscal asignado al caso, sino únicamente se exige que se la haga conocer al imputado lo que podría significar que, en interpretación del Tribunal Constitucional, el fiscal estaría excluido de ejercer esta facultad reservada para el imputado.

### **2.- Errores en la redacción:**

También podrá objetarse el Auto de admisión de la querrela por contener errores formales como ser: en la identidad de las partes, en la fecha o foliatura de las piezas que se citan, en la identificación del proceso, etc.



En este caso, el recurso idóneo, antes que la objeción, sería el de reposición para que el juzgador, advertido de su error; lo enmiende revocando total o parcialmente el Auto de admisión.

Personería del querellante

Permite el Art. 291 CPP objetar en el querellante:

1. Las cualidades necesarias para comparecer en juicio.  
Las cualidades procesales son en realidad la capacidad para ser parte y la capacidad procesal.
2. El carácter con que el litigante se presenta en el juicio.

Si se presente como persona natural o en nombre de una persona jurídica; en este último caso deberá acreditar su representación legal; o, en su caso, puede actuar por sucesión procesal.

Los elementos citados hacen a la personería con que el querellante se presenta en el proceso penal. Consideramos que, más allá de la personería, el querellante debe acreditar su legitimación para actuar en el proceso penal.

Además de la afirmación del derecho subjetivo supuestamente vulnerado (su existencia o no deberá dilucidarse en el proceso) y la indicación del sujeto ofensor o vulnerador de aquel derecho, hace falta que el querellante acredite o aporte elementos de convicción suficientes respecto a:

1. La verosimilitud del derecho invocado como afectado; esto es, el que se hayan arrojado al expediente suficientes elementos de convicción como para hacer presumir al juzgador que el querellante es el titular del derecho afectado y, además, que ese derecho ha sido ilegalmente vulnerado por el querellado.
2. Su condición de víctima, pues de acuerdo al Art. 78 CPP sólo la víctima (Art. 76 CPP) puede promover la acción penal.

***“La víctima podrá promover la acción penal mediante querrela, sea en los casos de acción pública o privada, según los procedimientos establecidos en este Código”.***

Más categórica es la prescripción respecto a la víctima en los delitos de acción privada. Reza el Art. 18 CPP:

***“La acción penal privada será ejercida exclusivamente por la víctima, conforme al procedimiento especial regulado por este Código. En este procedimiento especial no será parte la Fiscalía”***

La **posición habilitante** para formular la pretensión penal o querrela radica, obligatoriamente, en la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo material reconocido por la norma sustantiva y en la acreditación de su condición de agraviado, afectado o perjudicado, condiciones que sólo y únicamente puede ostentar la **víctima**.

Los órganos jurisdiccionales no sólo protegen **derechos**, sino principalmente **intereses legítimos** que surgen en la medida de la afectación de aquel derecho subjetivo. En materia penal, es el daño, agravio o perjuicio sufrido, individual o socialmente considerado, lo que permite la legitimación y acreditación del interés merecedor de protección jurisdiccional. Un derecho sólo puede obtener tutela judicial cuando es amenazado o directamente afectado o vulnerado: esa afectación o daño es el legítimo interés que permite activar la jurisdicción penal por el Estado o por el particular.

Del texto de las normas citadas y la argumentación expuesta se infiere que existe una indisoluble **simbiosis jurídica entre víctima y querellante**. El querellante debe acreditar su condición de víctima y sólo la víctima puede accionar la jurisdicción penal. Consideramos que es ilegal y se limita el derecho a la defensa del imputado cuando se le permite objetar sólo la personería del querellante y no así su legitimación.

**La personería** del querellante sólo hace referencia a la personalidad jurídica y capacidad procesal (Art. 14 -I CPE) y a las condiciones de capacidad procesal y de representación que éste pueda asumir (Arts. 50 y siguientes del CPC), privando al imputado de la posibilidad de atacar **su legitimación**, esto es, la titularidad del supuesto derecho subjetivo vulnerado, que sea la víctima o persona directamente afectada por el hecho punible, su interés legítimo en el asunto y su condición persona sobre la que han recaído las consecuencias jurídicas de hecho criminal.

“Sobre el particular, la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional -entre otras- en la SC 1258/2001-R, de 28 de noviembre, ha sentado que:

«(...) la protección que la garantía constitucional del amparo conlleva está sujeta a determinados presupuestos. Uno de ellos es que el recurrente esté legitimado para impugnar el acto u omisión reclamado, en virtud de que la legitimación activa en el Amparo corresponde al obligado o afectado que directamente acredita interés en el asunto y en quien recae las consecuencias jurídicas de la resolución o acto de la autoridad que se impugna. (SC 276-2010 –R de 07 de junio)

En el mismo sentido pero de manera más precisa se ha pronunciado el Tribunal Constitucional respecto a la legitimación activa en las SSCC 127/10 –R de 10-05, 276/10 –R de 07-06, 641/10 –R de 19-07, 644/10 –R de 19-07, 696/10 –R de 26-

07, 705/10 –R de 26-07, 776/10 –R de 02-08, 936/10 –R de 17-08, 1005/10 –R de 23-08, 1360/10 –R de 20-09, 1447/10 –R de 04-10 y la SC 1780-2010 –R de 25 de octubre, por las cuales de manera uniforme se pronuncia sobre el particular:

*“Así la SC 0641/2010-R de 19 de julio, en su fundamento jurídico III.3. haciendo referencia a la SC 400/2006-R de 25 de abril, señaló:*

*«Para hacer referencia a los sujetos activos es necesario partir de una premisa fundamental: así como no existe acción sin sujeto titular y sin sujeto pasivo concretos, tampoco hay acción sin legitimación activa y pasiva.*

*«La legitimación en el orden procesal debe relacionarse con el concepto de acción y por consiguiente, con sus sujetos activo y pasivo, se configura con el reconocimiento que el derecho hace a una persona de la posibilidad de ejercitar y mantener con eficacia una pretensión procesal - legitimación activa -, o de resistirse a ella eficazmente - legitimación pasiva -.*

*En el recurso de amparo legitimación activa consiste en la identidad de la persona del sujeto activo con la persona a la cual la ley concede el derecho de la acción constitucional, en otras palabras, se tendrá legitimación activa cuando un sujeto jurídico determinado - sujeto activo - se encuentre en la posición que fundamenta la titularidad de la acción, en ese sentido, tendrá legitimación activa quien sea titular de uno de los derechos fundamentales o garantías constitucionales establecidas en la Constitución Política del Estado».*

*Teniendo como uno de los requisitos esenciales de la legitimación activa, que el recurrente demuestre la concurrencia de un agravio personal y directo a los derechos, tal como lo establece la SC 0626/2002-R de 3 junio, que dice lo siguiente:*

*«...a efectos de plantear un amparo, es preciso que toda persona que recurre en busca de la tutela que otorga dicha garantía constitucional acredite debidamente su legitimación activa; es decir, que demuestre conforme exige el ordenamiento jurídico, que los efectos del acto ilegal o indebido que denuncia hubieran recaído directamente en un derecho fundamental suyo..., no se puede plantear una demanda de Amparo, sino demostrando ser el agraviado directo por la autoridad o particular recurrido, pues las únicas personas que pueden denunciar la violación de un derecho fundamental ajeno, son el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público conforme a los arts. 124 y 129-I de la Constitución Política del Estado». (Negrillas y subrayado es nuestro)*

Más adelante, la misma SC citada concluye respecto al tema de la legitimación activa en la acción de Amparo Constitucional:

*“De la jurisprudencia citada, se concluye que la legitimación activa es un requisito de la acción de amparo, por el accionante debe demostrar el agravio sufrido por el acto que impugna y la vinculación del mismo con el derecho*

supuestamente vulnerado; es decir, que especifique claramente el daño o menoscabo a sus derechos fundamentales y la relación causal directa con el acto o resolución impugnada, porque de no ser claros estos elementos, o cuando no se pruebe que tales actos han afectado directamente sus derechos, la Justicia Constitucional no podrá ingresar al análisis de fondo del problema planteado, entonces la acción de amparo corresponderá ser declarada improcedente y se deberá denegar la tutela solicitada. (Negrillas y subrayado es nuestro)

Esta interpretación del Tribunal Constitucional es perfectamente aplicable al tema de las posibilidades de cuestionar la legitimación del querellante y no sólo su personería, como se interpreta del mandato contenido en el Art. 291 CPP.

En ningún otro momento procesal el imputado puede atacar las condiciones inherentes a la **legitimación procesal del querellante**, puesto que las opciones tasadas que brinda el Art. 308 CPP no permiten cuestionar la posible ausencia de requisitos procesales del querellante y que hacen a la verosimilitud del derecho y la acreditación fehaciente de su calidad de víctima.

Definida la condición de víctima por el Art. 76 CPP, sólo éste tiene legitimación para promover la acción penal (Art. 78 CPP). Entonces, más allá de la personería del querellante, debe permitirse al imputado objetar la legitimación o capacidad para accionar judicialmente un derecho concreto, esto es, su **condición de víctima**.

El párrafo primero del Art. 291 CPP limita sustancialmente las posibilidades de defensa del imputado ya que no puede objetar la **carencia de legitimación activa**, esto es, no puede cuestionar que el querellante no haya acreditado su calidad de víctima del ilícito penal denunciado.

Tómese en consideración que, por permisividad del Art. 304 CPP el fiscal puede rechazar la denuncia o la querrela cuando; 1) resulte que el hecho no existió, que no está tipificado como delito o que el imputado no ha participado en él; 2) No se haya podido individualizar al imputado; 3) La investigación no haya aportado elementos suficientes para fundar la acusación; o, finalmente, 4) Exista un obstáculo legal para el desarrollo del proceso.

Por el Art. 376 CPP, al Juez también se le permite desestimar (léase rechazar) la querrela cuando: 1) El hecho no esté tipificado como delito; 2) Exista necesidad de algún antejuicio, o, 3) falte alguno de los requisitos previstos para la querrela.

Si al fiscal y al juez se le confieren atribuciones para cuestionar la denuncia o querrela, debe ofrecerse al denunciado o imputado las mismas posibilidades de objetar la iniciación de un proceso penal en su contra, por quien él considera que no tiene legitimación.

La limitación al imputado para que sólo pueda objetar la **personería** del querellante y no así su **legitimación procesal** vulnera los derechos reconocidos por la norma constitucional y que a seguir se exponen:

**a.- Derecho a la Igualdad y la Justicia: Arts. 8 –II, 14, 119, 120, 178 –I y 180 –I CPE.-**

La **personería del querellante** sólo está referida a su personalidad y capacidad jurídica, definidas en los Art. 14 –I CPE y Arts. 52, 56 y 58 al 67 CPC. Además de la personería cuyos componentes se hallan previstos en el Art. 290 CPP, el imputado debe tener la posibilidad de cuestionar la verosimilitud del derecho cuya vulneración se le endilga, la ausencia de elementos de convicción de la real ocurrencia del hecho y que éste hecho esté calificado como ilícito en nuestra economía jurídico penal y, finalmente, que el imputado pueda objetar la carencia de elementos que hagan presumir que el querellante reúne las **condiciones de víctima**.

Si el querellante tiene amplias facultades y tiempo para denunciar y querellarse, se violentan los derechos a la igualdad y la justicia del imputado cuando se le limita el ejercicio a la defensa al restringírsele la posibilidad de objetar únicamente la personería del querellante y no así los requisitos inherentes a su **legitimación procesal activa** que incluye, además de su personería, la acreditación del interés legítimo y su calidad de víctima del delito.

Ofrecidas, como afirmamos anteriormente, las posibilidades al fiscal y al juez por los Arts. 304 y 376 CPP respectivamente, se violenta el derecho a la igualdad del imputado cuando a él sólo se le permite objetar la personería del querellante y no así su legitimación.

**b.- Derecho a la dignidad proclamado por el Art. 8-II, 14 –II y 15 –I CPE**

La **personería del querellante**, esto es, su personalidad y capacidad jurídicas debe ser acreditada al momento de accionar la jurisdicción penal, pero además de dicha personería, debe ofrecérsele al imputado la posibilidad de objetar otros elementos que hacen a los requisitos elementales necesarios para accionar la jurisdicción estatal en la vía penal.

Al ser sometido a un proceso penal debe otorgársele al denunciado o imputado la posibilidad de objetar que el querellante no posee suficiente legitimación puesto que no tiene arrimado al proceso los elementos necesarios de convicción sobre la ocurrencia del hecho, que éste sea tipificado como delito, la vinculación del imputado con ese hecho y la **acreditación elemental de su condición de víctima**.

Cuando sólo se le permite cuestionar la personería del querellante, se vulnera el más elemental derecho a la dignidad de las personas y, en este caso, la dignidad

del imputado puesto que estará siendo sometido a un proceso por una querrela formulada por una persona que no ha acreditado ser víctima del delito que denuncia.

#### **c.- Derecho a la legítima defensa: Arts. 115, 116, 117, 119 y 120 CPE.**

Además de la personería cuyos componentes se hallan previstos en los Arts. 290 y 341 CPP, el imputado debe tener la posibilidad de cuestionar otros elementos que tienen que ver con la verosimilitud del derecho reclamado y la acreditación que el querellante reúne las condiciones de ser la víctima del delito denunciado.

Se violentan los Arts. 5 y 6 CPP en directa relación con las normas constitucionales citadas cuando se priva al imputado de la posibilidad de ejercer a plenitud su elemental derecho a la defensa; derecho que se ve afectado cuando sólo puede objetar la personería del querellante y no así, los otros elementos necesarios para que la jurisdicción penal sea activada y él pueda verse sometido a un proceso penal con todas las garantías.

#### **d.- Vulneración del principio de la seguridad jurídica que proclama el Art. 178 -I CPE**

Para activar al Poder Judicial en el ámbito penal es necesario que el querellante acredite **legitimación suficiente**, que en mucho excede de la personería a que hace referencia el Art. 291 CPP puesto que, mientras la personería sólo incluye a la personalidad jurídica y capacidad procesal, **la legitimación** incluye el legítimo interés (**víctima**) y la verosimilitud del derecho.

Nadie debe ser sometido a un proceso penal sin que se acrediten mínimamente algunas condiciones que son elementales: **a)** Que se denuncie la ocurrencia de un hecho; **b)** Que ese hecho sea calificado por la norma como un ilícito penal; **c)** Que se acredite ser titular del derecho protegido por la norma penal; **d)** Que haya una relación directa de causalidad con quien se denuncia haber cometido ese hecho; **e)** Que se acredite un daño por el ilícito cometido, esto es, acreditar la condición de víctima.

### **Comentario adicional del Dr. Willman R. Durán Ribera**

De cualquier manera, a prima facie "se infiere que existe una indisoluble simbiosis jurídica entre víctima y querellante", dado que es el mismo código procesal el que establece tal identidad, conforme se desprende del concepto víctima y querellante.

**Sobre el alcance del concepto víctima.-** El art. 76 precisa el alcance del concepto víctima, en los siguientes términos:

#### **Art. 76°.- (VICTIMA).-**

Se considera víctima:

1) A las personas directamente ofendidas por el delito;

2) Al cónyuge o conviviente, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, al hijo o padre adoptivo y al heredero testamentario, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido; (las neग्रillas son nuestras).

3) A las personas jurídicas en los delitos que les afecten; y,

4) A las fundaciones y asociaciones legalmente constituidas, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la fundación o asociación se vincule directamente con estos intereses.

¿Qué información relevante tenemos aquí?

Nada más ni nada menos, que la víctima es la persona ofendida por el delito.  
¿Qué implica esto?

Que para ser víctima, se requiere ser el titular del bien jurídico afectado por el delito, sea persona natural o jurídica. Consiguientemente, no es víctima el sujeto pasivo de la acción si no es, al mismo tiempo, titular del bien jurídico lesionado por la acción y omisión delictiva.

Conforme a esto, el siguiente ejemplo que es tradicional en la doctrina, puede ilustrar mejor la idea.

- Si X se apropia clandestinamente de un bien mueble de propiedad de Y, pero que al momento de la sustracción se encontraba en poder precario de Z, sólo Y es víctima del delito de hurto, no Z.

El inciso 2) del art. 76 glosado, establece una regla especial para los delitos cuya consecuencia fuese la muerte del ofendido, en los cuáles, por ficción de la ley, los nombrados, en el orden de prelación que establece la ley, adquieren la calidad de víctimas.

El contenido restrictivo del concepto de víctima y la relevancia procesal que esto conlleva, se fundamenta, de un lado, en la necesidad de evitar la intervención simultánea de diversas personas, muchas veces con intereses distintos o contradictorios, dentro del proceso penal correspondiente. En este orden, un argumento frecuente se utiliza para justificar los límites a la legitimación activa, es el referido a la posición procesal del imputado desmejorada por la existencia de varios acusadores; con lo cual afectaría el principio de igualdad procesal.

De otro, como se entiende que la víctima no tiene pretensión punitiva sino de resarcimiento del daño causado por el delito; derivado de esto, sería ilegítima la presencia en el proceso, de quien no es el ofendido por la acción.

**Sobre el alcance del concepto querellante.-** El legislador optó por determinar en el artículo 76 el alcance del concepto víctima. En base a ese presupuesto, en el art. 78 nos dice que es la víctima la que puede ser querellante, conforme a lo siguiente:

**Art. 78°.- (QUERELLANTE).-**

La víctima podrá promover la acción penal mediante querrela, sea en los casos de acción pública o privada, según los procedimientos establecidos en este Código.

En efecto, el precepto glosado precisa que la víctima podrá ejercer la acción penal mediante querrela. El término “podrá”, utilizado por la ley no debe confundirnos, dado que con ello quiere poner de relieve que es potestativo; pues, en ella late la idea de que la pretensión punitiva como tal, corresponde al Estado no a los particulares; dado que esto últimos, sólo puede ejercerla de manera subsidiaria. Y esto es lo que ocurre de manera frecuente en otras latitudes del mundo, donde realmente quien persigue la sanción por los delitos, es el Estado y no los particulares.

**Alcance de la objeción de querrela.-** De lo dicho se desprende de manera congruente, que la objeción a la querrela, implica de manera inexcusablemente, la comprobación de la legitimación activa del querellante, bajo el entendido de que sólo puede querrellarse, la víctima. Por tanto, el imputado, por las razones expresadas, tiene el derecho de que quien se querelle, sea a quien la ley lo instituye como víctima y no a quien se le ocurra participar como querellante.



# LA REVALORIZACIÓN DE LA VÍCTIMA

## Un proceso inconcluso\*

Alejandro Ortega Soto\*

### ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS:

Entre los principales antecedentes, podemos citar la Declaración de las Naciones Unidas de 1985(1) y el siguiente concepto de víctimas: ***“Se entenderá por ‘Víctimas’ a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.***

Los derechos de las víctimas de acuerdo con el Estatuto de la Víctima en el proceso penal previstos en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, entre otros citamos los siguientes: Artículo 3.- A ser oídas durante las actuaciones y a la presentación de pruebas (elementos de prueba). Artículo 4.- A recibir información. Artículo 5.- Garantías de comunicación. Artículo 6.- Asistencia específica a la víctima (gratuita). Artículo 7.- Reembolso de gastos legítimos sufragados en el proceso penal. Artículo 8.- Derecho a la protección a las víctimas más vulnerables en las audiencias públicas. Artículo 9.- Derecho a la indemnización en el marco del proceso penal. Artículo 10.- Mediación penal en el marco del proceso penal (...).

### LA VÍCTIMA Y EL PROCESO DE REVALORIZACIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN PENAL

En el Código de Procedimiento Penal abrogado de 1972, la víctima se encuentra dentro de los sujetos procesales como “ofendido” o “simplemente damnificado”

---

\* **Comentario del autor** que corresponde al Artículo 11 de la obra “Código de Procedimiento Penal Boliviano” de próxima publicación.

\* **Alejandro Ortega Soto**

Licenciado y Doctor en Derecho. Ex Juez en los Distritos Judiciales de Chuquisaca y Santa Cruz, ex Presidente de la Corte Departamental Electoral de Santa Cruz, ex Conjuez de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Santa Cruz. Profesor de Criminología, Derecho Procesal y Clínicas y Práctica Forense en la Universidad Autónoma “Gabriel René Moreno”. Ex Director de la Carrera de Derecho y docente de la Universidad Privada “Domingo Savio”.

y estaba facultada para constituirse en actor civil para la reparación de los daños y perjuicios. El monopolio de la acción penal en el sistema inquisitivo lo ejerce el Ministerio Público que participaba aún en los delitos de acción privada, quedando neutralizada la víctima como sujeto pasivo en su accionar como parte de la acusación.

La Ley contra la Violencia en la Familia o Doméstica N° 1674 de 15 de diciembre de 1995, utiliza la palabra “víctima”, brindándole protección contra toda forma de violencia en su integridad física, psicológica, moral y sexual; su protección incluye a los menores y discapacitados.

El proceso de revalorización de la víctima se inicia en el Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal “Blattmann”, que utiliza con propiedad la palabra “víctima”, estableciendo quienes tienen legitimidad para concurrir al proceso y sus derechos (arts. 14 y 15 CPP).

El informe de la Comisión Asesora para la Reforma de la Justicia Penal (Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados) al referirse al equilibrio de intereses en el ejercicio del poder punitivo del Estado y las consecuencias del ilícito penal, expresa: ***“El interés de la víctima. Es decir, el interés particular que le asiste a quien ha soportado de manera directa las consecuencias nocivas del hecho delictivo”***.

Sabemos que la política criminal es atribución del Órgano Legislativo y la Ley del Ministerio Público, prescribe que la Fiscalía General de la República, debe orientar la política criminal del Estado y establecer las prioridades del accionar del Ministerio Público en la lucha contra la delincuencia (arts. 20 y 36-3) a 5). Consideramos que el legislador en la nueva Ley del Ministerio Público, debería dar participación a los Fiscales de Distrito en consideración a que el fenómeno criminológico estadísticamente considerado tiene sus particularidades en las distintas regiones del país, por lo que corresponde establecer políticas criminales preventivas y represivas regionalizadas en la lucha contra la delincuencia y la impunidad.

La víctima forma parte de la acusación al igual que el querellante, coadyuvando al Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública, porque el ejercicio del ius puniendi corresponde al Estado en los casos que sea procedente y por el principio de audiencia, ésta debe ser escuchada, informada y tutelada en sus derechos por los jueces y tribunales desde la etapa preliminar hasta la conclusión del juicio penal.

Entre otros derechos, la víctima tiene la facultad de declarar como testigo para esclarecer la verdad histórica de los hechos; participar en el ejercicio de la acción civil para la reparación de los daños y perjuicios como “damnificado”. Una de las garantías que tienen los herederos al fallecimiento de la víctima, es el de ejercer la

acción civil reparadora contra el autor del delito (arts. 36, 77 y 82 CPP). Era erróneo el criterio de algunos causídicos y operadores de justicia, en el sentido de que la víctima para intervenir en el proceso, debía formalizar querrela, situación aclarada por el Tribunal Constitucional en la SC. N° 1054/206-R de 23 de octubre.

El Código del Niño, Niña y Adolescente, Ley N° 2026 de 27 de octubre de 1999, dentro de la protección a la víctima, protegiéndolo del maltrato y la obligación de denunciar los delitos cometidos en su contra. La política de protección, se encuentran en el Libro Segundo, Título II y encomienda esta misión a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, bajo responsabilidad de los gobiernos municipales (arts. 100 a 111, 196-1) y 4) y 213 a 236).

La Ley de Protección a las Víctimas de Delitos contra la Libertad Sexual N° **2033 de 29 de Octubre de 1999**, modifica y agrava la pena para algunos delitos, protegiendo la vida, integridad física y psicológica, seguridad y libertad sexual, incluyendo otros hechos ilícitos en el catálogo de penas del Código Penal, en el art. 3°, el art. 308 bis (VIOLACIÓN DE NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE), constituyéndose en el único ilícito en el que por penas indeterminadas se niega el derecho a indulto; y el art. 4° incluye el art. 308° ter (VIOLACIÓN EN ESTADO DE INCONSCIENCIA).

La Ley Contra el Tráfico de Niños, Niñas y Adolescentes N° 3160 de 26 de agosto de 2005 fue abrogada por la Ley de Trata y Tráfico de Personas y otros Delitos Relacionados N° 3325 de 18 de enero de 2006, que crea el Capítulo V "Trata y Tráfico de Personas" del Título VIII "Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal" de la Ley N° 1768 de 11 de marzo de 1997 del Código Penal y se incluyen los siguiente artículos: Art. 281 bis (Trata de Seres Humanos), Art. 281 ter (Tráfico de Migrantes), Art. 281 cuater (Pornografía y espectáculos obscenos con niños, niñas o adolescentes. La pena se agrava **"en un cuarto cuando el autor o partícipe sea el padre, madre, tutor o quien tenga bajo su cuidado, vigilancia o autoridad al niño, niña o adolescente"**). En el art. 2 se modifica el primer párrafo del art. 132 bis del Código Penal, incluyendo la Trata de Seres Humanos, Tráfico de Migrantes. En el art. 3, se modifica el art. 178 (Omisión de Denuncia) del Código Penal. En el art. 4 se modifica el art. 321 Proxenetismo, en el art. 5 se incluye en el último párrafo del art. 324 (Publicaciones y Espectáculos Obscenos), la agravación en una mitad cuando la publicación o espectáculos fuere vendido, distribuido, donado o exhibido a los menores y adolescentes. En el art. 6 se deroga el art. 321 bis del Código Penal.

La Dra. Marcela Rita Ortiz Torrico, ha realizado un importante trabajo de investigación, bajo el título de "Garantías vinculadas al proceso penal". Situación procesal y derechos de la víctima del delito" en el proceso penal boliviano, presentado al "Primer Concurso Nacional de Ensayos Jurídicos sobre la Reforma Procesal Penal", con un análisis sobre la situación procesal y derechos de la víctima del delito como sujeto pasivo y la tutela que debe tener en las diferentes etapas de la investigación,

salidas alternativas, criterios de oportunidad y el juicio penal. Comprende también una breve exposición histórica de la denominada “neutralización de la víctima”, debido al monopolio del ejercicio de la persecución penal y el proceso de “neutralización del conflicto”, recomendando la modificación del artículo 24 del Código de Procedimiento Penal, que limita el derecho de impugnación en la suspensión condicional del proceso.

Con relación a la procedencia del recurso de apelación de la víctima en la suspensión condicional del proceso, previa reparación del daño ocasionado, tiene el derecho de apelar de la resolución cuando afecta a la garantía y seguridad de las víctimas (arts. 8.II, 119.I, 180-II y 410 CPE y art. 12 CPP).

Entre otros aportes de autores nacionales, podemos citar el trabajo de investigación del Dr. Carlos Alberto Goitia Caballero, que lleva el título de “La víctima del delito en el proceso penal latinoamericano”, publicado conjuntamente con autores de otros países, bajo la coordinación del Dr. Pedro J. Bertolino, que por su importancia, consideramos son de lectura recomendada.**(2)**

## LA VÍCTIMA EN LA CONSTITUCIÓN Y LA NUEVA LEGISLACIÓN.

### La revalorización de la víctima: un proceso inconcluso.

Entre las atribuciones de la Presidenta o Presidente del Estado previstas en el art. 172 de la Constitución Política del Estado, numerales 1, 13 y 16, implícitamente está la seguridad ciudadana como política criminal, la defensa de las víctimas, sus derechos fundamentales y civiles, la vida, la dignidad, la libertad y los derechos populares y difusos –tercera generación–, cuando el Estado como sociedad políticamente organizada es víctima del delito. La Constitución, también incluye a la mujer como víctima y le reconoce el derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad.

Como parte de la acusación dentro del denominado proceso de revalorización, la víctima tiene derecho a ser informada y participa en el proceso, desde el inicio de la investigación, durante la etapa preliminar, preparatoria y durante la sustanciación del juicio penal. Pero la revalorización es un proceso –el derecho de la víctima al asesoramiento jurídico del Consejo de la Unión Europea–, es un valioso precedente relativo al derecho a la defensa técnica reconocido por la Constitución Política del Estado vigente, en caso de carecer de recursos económicos, incluyendo al Estado como víctima, cuya defensa en este período de transición sigue siendo del Ministerio Público y será atribución de la Procuraduría General del Estado.

Es positivo que en este proceso de revalorización de la víctima, la inclusión del Estado Plurinacional y Comunitario en la Constitución, para la reparación de los

daños y perjuicios a favor de la víctima y el derecho de repetición que le asiste contra el servidor público que provocó el daño ocasionado. El enjuiciamiento de las servidoras o servidores públicos que por negligencia o corrupción ocasionaren daños al Estado, ha constituido un cambio trascendental en defensa del Estado y sus instituciones de acuerdo con los arts. I 13.I y II, 121.II y 231 de la Constitución Política del Estado conc. con los arts. 8 y 18 de la Ley de la Procuraduría General del Estado N° 064 de 5 de diciembre de 2010.

La Ley de Modificaciones al Sistema Normativo Penal N° 007 de 18 de mayo de 2010, modifica el art. 11 del Código de Procedimiento Penal y se reconoce el derecho a la víctima de intervenir en el proceso penal aunque no se hubiera constituido en querellante, de acuerdo con la línea jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional.

La Ley Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación N° 045 de 8 de octubre de 2010, entre los principios generales se fundamentan en la igualdad y protección de todos los seres humanos contra el racismo y toda forma de discriminación (art. 2-b) y d). Se incluye la protección de víctimas en su seguridad física y psicológica, de acuerdo con el art. 18 de la citada ley.

### **Efectivización del derecho a la defensa gratuita de la víctima**

Consideramos que el legislador debe crear un organismo diferente con autonomía funcional, para la defensa gratuita prevista en la Constitución en favor de las víctimas, sus derechos y garantías, con la finalidad de evitar la impunidad, garantizando su igualdad real dentro del proceso. También se debe evitar el proceso de victimización de parte del ofensor dentro del juicio penal, cuya tutela es responsabilidad del órgano jurisdiccional.

El organismo de defensa de las víctimas a crearse, es conveniente que dependa del Ministerio de Justicia –como ocurre en otros países–, como ser en la República Federal de la Argentina la Ley del Ministerio Público N° 12.067, Cap. III, relacionado con la “Asistencia a la Víctima”, la función del fiscal de propiciar la mediación y conciliación para la resolución pacífica del conflicto. En gran parte de los países de la Unión Europea, entre otros España, Francia, Holanda, cuentan con “Oficinas de Asistencia a las víctimas de los delitos”. En España dependen del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas.

Para la efectivización del derecho a la defensa gratuita, el legislador debe establecer los límites que corresponden a ese derecho fundamental a cargo del Estado, porque de acuerdo a su redacción comprende la defensa de todas las víctimas, incluyendo a los delitos de acción privada. Su objetivo es importante en cuanto a la tutela en base al principio procesal de “igualdad de armas”; sin embargo, consideramos que

sólo debería incluir los delitos que afectan a la dignidad que tienen protección del Estado (art. 22 CPE).(3)

Como antecedentes sobre la asistencia a la víctima y el derecho a una tutela amplia e igual, podemos citar: El art. 61.I de la Constitución Política del Estado vigente que sanciona toda forma de violencia contra los menores y adolescentes. En el art. 121 párg. II en concordancia con el art. 11 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010, consagra el derecho de la víctima a ser oída antes de cada decisión judicial y participar con autonomía sin constituirse en querellante o acusador particular, de acuerdo con la línea jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional.

La Ley del Órgano Judicial N° 025 de 24 de junio de 2010, en materia penal actualiza nuestra legislación en la solución de los conflictos en cuanto a la reparación del daño, otorgando seguridad jurídica a las víctimas mediante la conciliación. En el Título II, Capítulo IV, arts. 65 a 67, amplía los alcances de la conciliación como salida alternativa y es competencia de los juzgados de instrucción en lo penal y juzgados de sentencia en lo penal, no siendo admisible en los casos de violencia intrafamiliar o doméstica, tratándose de niñas, niños y adolescentes, en los procesos en los que es parte el Estado, en los delitos de corrupción y narcotráfico, los que atentan contra la seguridad e integridad del Estado y contra la vida, la integridad física, psicológica y sexual de las personas (arts. 67.III y IV LOJ).

El Código de Procedimiento Penal, admite la conciliación en el procedimiento para la reparación del daño ocasionado. Las medidas cautelares reales, que pueden ser solicitadas en ejecución de sentencia dentro del procedimiento especial para la reparación del daño de acuerdo con los arts. 385 in fine y 386 del Código de Procedimiento Penal.

La normatividad contenida en la Ley del Órgano Judicial en las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda, con relación a la conciliación entrará en vigencia desde la posesión de los magistrados y magistradas del Tribunal Supremo de Justicia.

Consideramos que el legislador dentro del proceso de revalorización de la víctima, al igual que la legislación argentina y de otros países miembros del Consejo de la Unión Europea, que en el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, artículo 10, incluyen el instituto de la mediación penal en el marco del proceso. El legislador debería ver la posibilidad de incluir la mediación como otra alternativa en la resolución de disputas o controversias, para evitar la mora judicial, las dilaciones indebidas y la onerosidad para los partes. Sobre la reconciliación y mediación entre la víctima-victimario, la profesora Angela Ester Ledesma, bajo el título de "Consenso y proceso penal", citando a Highton, Alvarez y Gregorio en su obra "Resolución Alternativa" pág. 36, está de acuerdo con los tres movimientos en el sistema de la

justicia criminal que resumidos son los siguientes: “**a) una reciente preocupación por las víctimas y el papel que juegan en el procedimiento penal; b) la falta de satisfacción con la manera de tratar y castigar al ofensor; y c) la conciencia de que existen nuevas alternativas a los métodos planteados de manejo y resolución de conflictos**”.(4)

- (1) La Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1984. Art. 14.-I. EDWARDS, Carlos Enrique. Ob.cit. págs. 247 a 262. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes; ratificado el 4 de febrero de 1985.
- (2) BERTOLINO, Pedro J. GOITIA CABALLERO, Carlos Alberto, SCARANCE FERNÁNDEZ, Antonio y otros. “LA VÍCTIMA DEL DELITO EN EL PROCESO PENAL LATINOAMERICANO”. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires-Argentina, 2003, págs. 112 a 176.
- (3) La Ley Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación N° 045 de 8 de octubre de 2010, en el art. 22 modifica el Título VIII del Libro Segundo del Código Penal por “**Delitos Contra la Vida, la Integridad y la Dignidad del Ser Humano**”, entre los que se incluye el art. 281 bis.- (**Racismo**), 281 ter.- (**Discriminación**), 281 quater.- (**Difusión e Incitación al Racismo o a la Discriminación**), 281 septieser.- (**Organizaciones o Asociaciones Racistas o Discriminatorias**) y el 281 octies (**Insultos y otras agresiones verbales por motivos racistas o discriminatorios**). Asimismo, en el art. 20 de la citada Ley, se incluyen entre los delitos de acción privada los insultos y otras agresiones verbales por motivos racistas o discriminatorios.
- (4) LEDESMA, Angela Ester “LA REFORMA PROCESAL PENAL”. Editorial Jurídica Nova Tesis. Talleres Gráficos Leograf. Buenos Aires, República Argentina, págs. 79 a 95.





COMENTARIOS  
JURISPRUDENCIALES





## EN ACCIONES TUTELARES DEBEN SER DEMANDADAS LAS AUTORIDADES ACTUALES

Orlando Parada Vaca\*

Uno de los requisitos esenciales para la admisión de las acciones tutelares es la legitimación pasiva y, en este aspecto, las exigencias se han venido modulando y modificando. La exigencia estaba dirigida a que el recurso, hoy acción, esté dirigida contra la autoridad o particular que cometió el acto lesivo y contra la autoridad que tuvo la oportunidad de corregir y enmendar el error:

Sin embargo, a partir de la SC 264-2004 –RAC de 27 de febrero, el Tribunal Constitucional sentó el inicio de lo que, a la postre, vendría a constituirse en línea jurisprudencial: la acción debe estar dirigida contra las autoridades que ostenten el cargo al momento de interponer la demanda.

*“La legitimación pasiva es la calidad que se adquiere por la coincidencia que se da entre la autoridad que causó la violación a los derechos y aquella contra quien se dirige la acción; empero, debe entenderse que **la demanda debe estar dirigida contra la “autoridad” que ostente el cargo desde el cual se realizó el acto ilegal o se incurrió en la omisión indebida**, sin que ello implique que, en caso de existir responsabilidades personalísimas, como la penal, el funcionario que haya accedido al cargo con posterioridad al acto lesivo de derechos, tenga que asumir las consecuencias únicamente por encontrarse en funciones al momento de iniciarse la demanda y porque ésta haya sido dirigida en su contra”. (Negrillas y subrayado es nuestro)*

Este criterio interpretativo sobre la legitimación pasiva fue asumido plenamente por las actuales autoridades del Tribunal Constitucional y así lo manifestó en la SC 112-2010 –RAC de 10 de mayo:

**\* Orlando Parada Vaca**

Director de la Fundación Iuris Tantum y de la Revista Boliviana de Derecho. Lic. en Derecho de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno. Especialidad y Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil por la U.A.G.R.M. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia.

“Modulando este entendimiento, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido las excepciones a la regla antes aludida, así cuando **el funcionario o autoridad ya no ocupa el cargo** en el que se encontraba cuando ocasionó la lesión al derecho o garantía; en estos casos, **la demanda debe dirigirse contra la persona que en el momento de la presentación de la acción, se encuentra desempeñando esa función**, a quien sólo le alcanzarán las responsabilidades institucionales, más no así las personales, si las hubiere. Al respecto la SC 0264/2004-R de 27 de febrero, estableció que: “**La legitimación pasiva es la calidad que se adquiere por la coincidencia que se da entre la autoridad que causó la violación a los derechos y aquella contra quien se dirige la acción; empero, debe entenderse que la demanda debe estar dirigida contra la “autoridad” que ostente el cargo desde el cual se realizó el acto ilegal o se incurrió en la omisión indebida, sin que ello implique que, en caso de existir responsabilidades personalísimas, como la penal, el funcionario que haya accedido al cargo con posterioridad al acto lesivo de derechos, tenga que asumir las consecuencias únicamente por encontrarse en funciones al momento de iniciarse la demanda y porque ésta haya sido dirigida en su contra**”. (Negrillas y subrayado es nuestro)

Transcribiendo el contenido de las dos SSCC citadas, el Tribunal ratificó ese criterio en la SC 763-2010 –RAC de 02 de agosto:

“Este Tribunal a través de la **SC 0112/2010-R de 10 de mayo**, señaló que si bien: “...un recurrido carece de **legitimación pasiva** cuando no se da esta coincidencia, así la SC 0410/2001-R de 8 de mayo: «...no se presenta la coincidencia que tiene que darse entre la autoridad que presuntamente causó la violación a los derechos y aquella contra quién se dirige la acción», luego añadió que: “Modulando este entendimiento, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido las excepciones a la regla antes aludida, así cuando **el funcionario o autoridad ya no ocupa el cargo en el que se encontraba cuando ocasionó la lesión al derecho o garantía; en estos casos, la demanda debe dirigirse contra la persona que en el momento de la presentación de la acción, se encuentra desempeñando esa función**, a quien sólo le alcanzarán las responsabilidades institucionales, más no así las personales, si las hubiere. Al respecto la **SC 0264/2004-R de 27 de febrero**, estableció que: «La legitimación pasiva es la calidad que se adquiere por la coincidencia que se da entre la autoridad que causó la violación a los derechos y aquella contra quien se dirige la acción; **empero, debe entenderse que la demanda debe estar dirigida contra la «autoridad» que ostente el cargo desde el cual se realizó el acto ilegal o se incurrió en la omisión indebida**, sin que ello implique que, en caso de existir responsabilidades personalísimas, como la penal, el funcionario que haya accedido al cargo con posterioridad al acto lesivo de derechos, tenga que

asumir las consecuencias únicamente por encontrarse en funciones al momento de iniciarse la demanda y porque ésta haya sido dirigida en su contra” (Negrillas y subrayado es nuestro)

El entendimiento sobre la exigencia de interponer la acción, también contra las autoridades que ocupen el cargo, fue confirmado a través de la SC 1121-2010 – RAC de 27 de agosto:

**“Modulando este entendimiento, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido las excepciones a la regla antes aludida, así cuando el funcionario o autoridad que ya no ocupa el cargo en el que se encontraba cuando ocasionó la lesión al derecho o garantía; en estos casos, la demanda debe dirigirse contra la persona que en el momento de la presentación de la acción, se encuentra desempeñando esa función, a quien sólo le alcanzarán las responsabilidades institucionales, más no así las personales, si las hubiere. Al respecto la SC 0264/2004-R de 27 de febrero, estableció que: «La legitimación pasiva es la calidad que se adquiere por la coincidencia que se da entre la autoridad que causó la violación a los derechos y aquella contra quien se dirige la acción; empero, debe entenderse que la demanda debe estar dirigida contra la «autoridad» que ostente el cargo desde el cual se realizó el acto ilegal o se incurrió en la omisión indebida, sin que ello implique que, en caso de existir responsabilidades personalísimas, como la penal, el funcionario que haya accedido al cargo con posterioridad al acto lesivo de derechos, tenga que asumir las consecuencias únicamente por encontrarse en funciones al momento de iniciarse la demanda y porque ésta haya sido dirigida en su contra» (Negrillas y subrayado es nuestro)**

Este mismo criterio interpretativo aplicado a la acción de amparo constitucional fue asumido por el tribunal en la Acción de Libertad, antes Habeas Corpus, en la SC 2263-2010 –RHC de 19 de noviembre:

**“Sin embargo, cabe indicar que resulta aplicable al caso analizado, el razonamiento asumido por la SC 0763/2010-R de 2 de agosto, que citó a su vez a la SC 0112/2010-R de 10 de mayo, en relación a los asuntos en los que el funcionario o autoridad que supuestamente incurrió en el acto ilegal ya no ocupa el cargo en el que se encontraba cuando ocasionó la vulneración al derecho o garantía; habiéndose determinado que en dichos supuestos: “...la demanda debe dirigirse contra la persona que en el momento de la presentación de la acción, se encuentra desempeñando esa función, a quien sólo le alcanzarán las responsabilidades institucionales, mas no así las personales, si las hubiere. Al respecto, la SC 0264/2004-R de 27 de febrero, estableció que: «La legitimación pasiva es la calidad que se adquiere por la coincidencia que se da entre la autoridad que causó la violación a los derechos y aquella contra quien se dirige la acción; empero, debe entenderse que la demanda debe estar dirigida**

contra la «autoridad» que ostente el cargo desde el cual se realizó el acto ilegal o se incurrió en la omisión indebida, sin que ello implique que, en caso de existir responsabilidades personalísimas, como la penal, el funcionario que haya accedido al cargo con posterioridad al acto lesivo de derechos, tenga que asumir las consecuencias únicamente por encontrarse en funciones al momento de iniciarse la demanda y porque ésta haya sido dirigida en su contra” (las negrillas nos pertenecen). Comprensión que **indica claramente que el recurso debe ser dirigido imprescindiblemente contra las autoridades actuales**, en el caso que hubieren cesado las anteriores, a quienes también se podrá demandar pero únicamente para determinar las responsabilidades personales; **ya que el que podrá corregir el supuesto acto ilegal adoptando la determinación asumida a consecuencia de la resolución de esta acción tutelar, será únicamente la autoridad que ostenta el cargo desde el cual se dio lugar a la vulneración de los derechos tutelados a través de la acción de libertad.”** (Negrillas y subrayado es nuestro)

Finalmente, la SC 2884-2010 –RAC de 17 de diciembre ha consolidado la línea jurisprudencial interpretativa respecto a que la legitimación pasiva incluye a las autoridades actuales:

“Si bien el accionante demandó la acción contra las autoridades judiciales que emitieron el acto que considera vulnerante de derechos, al margen de su visible viciada notificación, **no consideró que ya no fungían en tales funciones** y al comunicárseles mediante edictos la acción seguida en su contra, existía la posibilidad que no se presentaren a la audiencia pública de consideración y resolución del entonces recurso de amparo constitucional, como efectivamente ocurrió; y en ese caso, por un lado, aún en audiencia no hubieran logrado aportar los antecedentes del proceso penal y por otro, **tampoco habría autoridad ante la cual -la jurisdicción constitucional- ordene la restitución de los derechos** o garantías vulnerados cuya lesión se hubiera verificado, o en su caso, mantener vigentes las actuaciones cuestionadas que se sucedieron durante la tramitación del proceso -ya sea judicial o administrativo-; situación que bajo ningún concepto puede admitirse y que ya mereció el pronunciamiento de este Tribunal, respecto a la interposición de la **acción tutelar dirigida contra la autoridad actual** y en caso de pretender la reparación del daño o la sanción disciplinaria administrativa o penal, **demandar también a la ex autoridad que suscribió el acto en el que presuntamente se incurrió en omisión ilegal o indebida**. Por consiguiente, en la problemática que se examina, correspondía al Tribunal de garantías -a tiempo de verificar la admisibilidad del entonces recurso, ahora acción de amparo constitucional-, el incumplimiento del requisito previsto por el art. 97.II de la LTC y otorgar el plazo de cuarenta y ocho horas para que el accionante subsane dicho defecto procesal, ante cuya inobservancia

**corresponde el rechazo de la acción, conforme a lo previsto por el art. 98 de la misma Ley;** y, si pese a esa omisión se admitiera el recurso, sobreviene la denegatoria del amparo constitucional sin ingresar al análisis de fondo".  
(Negrillas y subrayado es nuestro)

De esta manera queda entendido que, en las acciones tutelares llámense amparo constitución o acción de libertad, la acción debe estar dirigida contra:

- 1.- La autoridad que emitió la resolución vulneradora de los derechos reclamados;
- 2.- Las autoridades que, al haber conocido del proceso en la instancia de apelación, tuvieron la oportunidad de corregir y enmendar el error y el agravio sufrido por el denunciante;
- 3.- Las autoridades que, al momento de la interposición de la acción, ocupan el cargo y desempeñan las funciones de la autoridad agravante, pues serán ellos los que restituyan los derechos vulnerados.





## LOS INCIDENTES MERECE APELACIÓN

Orlando Parada Vaca\*

Por el Art. 394 CPP, las resoluciones judiciales en materia penal serán recurribles –únicamente– en los casos expresamente establecidos por el Código Procesal Penal. Esta norma, junto al Art. 403 CPP, fue interpretada restrictivamente por jueces y magistrados del país: las resoluciones que resuelvan los incidentes por actividad procesal defectuosa no tienen reconocido el recurso de apelación.

De manera tibia, a partir de la SC 493-2010 –RAC de 05 de julio, el Tribunal Constitucional comenzó a equiparar los incidentes a las excepciones:

*“Cabe señalar que el trámite que corresponde a las excepciones y las peticiones o planteamientos de las partes, como en el caso analizado, que deben ser debatidas o requieren de la producción de prueba, **necesariamente se tramitarán por la vía incidental**, sin interrumpir la investigación, y **se presentarán por escrito fundamentado en la etapa preparatoria y oralmente en el juicio, ofreciendo prueba y acompañando la documentación correspondiente**, para que el juez o tribunal corra en traslado a las otras partes a efecto de que dentro de los tres días siguientes a su notificación, sean contestadas y se ofrezca la prueba pertinente, conforme prevé expresamente el **art. 314 del CPP**”.* (Negritas y subrayado es nuestro)

Esta tibia tendencia inicial, fue abiertamente asumida a partir de la SC 636-2010 –RAC de 19 de julio interpretando que los incidentes deben merecer el mismo tratamiento que las excepciones por lo que, apegados al Art. 403 -2 CPP, deben merecer recurso de apelación atendiendo, al derecho de impugnación que proclama y consagra el Art. 180 –II CPE:

*“El derecho a recurrir se halla establecido en el **art. 394 del CPP**, adicionando las **dos limitaciones** que lo caracteriza, una objetiva y otra subjetiva. **Por la primera, no todas las resoluciones son recurribles, sino aquellas «en los casos***

**\* Orlando Parada Vaca**

Director de la Fundación Iuris Tantum y de la Revista Boliviana de Derecho. Lic. en Derecho de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno. Especialidad y Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil por la U.A.G.R.M. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia.

expresamente establecidos...». Por la segunda el «El derecho a recurrir corresponderá a quien le sea expresamente permitido por Ley, incluida la víctima aunque no se hubiera constituido en querellante». No obstante lo anotado, en relación a la primera cabe precisar que el **art. 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, más conocida como «Pacto de San José de Costa Rica»**, lo incluye como un derecho fundamental, que ahora es recogido por la Constitución Política del Estado vigente en su **art. 180.II** que señala: **«Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales»**, de donde se deduce que la limitación objetiva a su vez no es absoluta.

De otro lado el Capítulo IV del Título I del Libro Primero de la Segunda Parte del Código de Procedimiento Penal, tiene como nomen juris **«Excepciones e incidentes»**, cuyo procedimiento se rige por el **art. 314 y ss. del CPP**, precisando: **«Las excepciones y las peticiones o planteamientos de las partes...»**, por ello dentro un sentido amplio de interpretación de las normas analizadas, encontramos en el **art. 403 inc. 2) del mismo cuerpo legal, el derecho a impugnar resoluciones que resuelvan incidentes al incluirse su trámite dentro de las excepciones e incidentes, dado que sujetarnos a la enunciación que hace dicho precepto, correspondería a una interpretación restrictiva en desmedro de una norma internacional y de la propia Constitución**. Este razonamiento implica un cambio de la línea asumida al respecto por las **SSCC 0731/2005-R, 0265/2006-R, 0537/2006-R y 0721/2007-R, entre otras**).

Sin embargo, como todos los derechos, el de recurrir está sujeto a las normas generales que lo rigen, entre ellos la **oportunidad o el plazo, el contenido o expresión de agravios y la forma en que deban formularse**. En cuanto a la **apelación incidental** se la debe presentar y tramitar en sujeción a las previsiones de los **arts. 404 a 406 del CPP, deduciéndose la imposibilidad de plantearla directamente dentro del juicio oral**, cuyo objeto la averiguación de los hechos, no permite su sustanciación durante la celebración del mismo, **correspondiendo en su caso hacer reserva de apelación restringida**, conforme tiene anotada la jurisprudencia constitucional, entre otras la **SC 0522/2005-R**, que al respecto precisa: **«Consecuentemente, la corrección de la actividad procesal defectuosa dentro de los procesos penales puede hacérsela por la vía incidental ante el juez cautelar en la etapa preparatoria o ante el Juez o Tribunal de Sentencia en el juicio oral, y, en su caso, a través del recurso de apelación restringida»**. (Negrillas y subrayado es nuestro)

Esta posición interpretativa fue plenamente ratificada por la SC 869-2010 –RAC de 10 de agosto; pero es la SC 873-2010 –RAC de 10 de agosto la que amplía los fundamentos de esta nueva visión recursiva de los incidentes por actividad procesal defectuosa que, por la importancia reproducimos la totalidad del fundamento:



“En lo referente a la apelación de los incidentes en materia penal, se debe tener presente, que si bien, no se encuentra previsto en el **art. 403 del CPP**, y por tal razón los jueces y tribunales, han rechazado los diferentes medios de impugnación que se fueron interponiendo contra éstos en atención al **art. 394 del CPP, a excepción del incidente de actividad procesal defectuosa, el mismo que en etapa de juicio oral debe hacerse reserva de apelación hasta una eventual apelación de la sentencia** conforme previene el **art. 407 del mismo Código**, resguardando el principio de oralidad, inmediación, celeridad y otros que rigen en materia penal; sin embargo, no es menos cierto que este mismo Tribunal ha señalado que **las excepciones se encuentran dentro de la definición de incidentes**, así la SC 0866/2006-R de 4 de septiembre, en la que se señaló que: “En el juicio oral y público, de acuerdo al art. 314 antes referido, las excepciones deben ser propuestas en forma oral y tratadas y resueltas en un solo acto, a menos que el tribunal resuelva hacerlo en sentencia, conforme lo dispone el **art. 345 del CPP**. Esta norma, en el segundo párrafo, se refiere a las (cuestiones incidentales), entre las que se encuentran la excepciones; toda vez que **si se entiende por incidente** a la “cuestión accesoria que se plantea dentro del proceso o con motivo de él” (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Manuel Osorio), las excepciones se encuentran comprendidas dentro de la definición genérica aludida; con mayor razón si se considera que el **art. 314 del CPP** expresamente señala que **las excepciones serán tratadas en la vía incidental**, de ahí que conforme al **art. 345 del CPP para la discusión de las excepciones se concederá la palabra a las partes tan sólo una vez, por el tiempo que establezca el juez o el presidente del tribunal**”.

De lo que se concluye, que **los incidentes son el género y las excepciones la especie**, por cuanto esta última, a parte de ser un medio de defensa que utiliza el demandado para enervar o dilatar la acción promovida en su contra, también es considerada como una cuestión accesoria porque surge dentro del proceso, con la diferencia de que las excepciones se encuentran expresamente enumeradas en el Código de Procedimiento Penal (**art. 308 del CPP**), en cambio los **incidentes** como tal no se encuentran enumerados en el referido Código, pero sí en algunos de sus articulados y pueden ser planteados sea en la etapa preparatoria o en juicio -así los incidentes de actividad procesal defectuosa (art. 169 CPP)-, reforzando este entendimiento, ha de considerarse -dice Morales Guillén- “que el Código en este caso, se refiere a aquellos incidentes de que no se ha ocupado particular o especialmente en otros puntos y determina una reglamentación general ordinaria, con arreglo a la cual han de admitirse, substanciarse y resolverse todas las cuestiones incidentales de que no sea ocupado particularmente en otra parte” (José Decker Morales, “Código de Procedimiento Civil, comentarios y concordancias”).

Ahora bien, **si los incidentes y excepciones tienen similar significado**, por cuanto ambas son cuestiones accesorias que se interponen dentro del proceso o con motivo de él, se llega a la conclusión que **también pueden ser objeto de apelación**, observando el mismo trámite que se da para las excepciones en etapa de juicio oral, un entendimiento contrario sería coartar al litigante de los medios de impugnación que actualmente se encuentra reconocido como principio fundamental en el **art. 180.II de la Constitución Política del Estado vigente (CPE)**, cuando señala que: “Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales”, garantía que no solo puede circunscribirse a algunos actos del juez, sino a todos sus actos, sea en materia civil, penal, familiar y otros; lo contrario significaría, dejar indefenso al hombre frente a un eventual abuso y exceso de los jueces, como concluyó el procesalista Eduardo J. Couture en su libro “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”, cuando señaló que: “no puede quedar al arbitrio del juez que dictó la sentencia, el otorgamiento o la negación del recurso. Si el andamio de la apelación quedara subordinado a la voluntad del juez apelado, lo probable es que el instituto quedara desnaturalizado. Por un lado el amor propio excesivo, conduciría a la conclusión de considerar justa la sentencia y no someterse a la autoridad de un mayor juez. Por otro en un plano moral superior, existe la posibilidad de que el juez, sin amor propio excesivo, pero con sincero convencimiento, crea que es beneficioso para la causa de la justicia no suspender los efectos de su fallo y niegue el recurso por sincera convicción de hacer el bien... En su nombre primitivo, la apelación es la “querrela contra la iniquidad de la sentencia”. Su privación supone dejar al hombre indefenso frente a los desórdenes de la autoridad”.

Sobre el tema, este Tribunal a través de la **SC 0636/2010-R de 19 de julio**, señaló que: “El derecho a recurrir se halla establecido en el art. 394 del CPP, adicionando las dos limitaciones que lo caracteriza, una objetiva y otra subjetiva. Por la primera, no todas las resoluciones son recurribles, sino aquellas “en los casos expresamente establecidos...”. Por la segunda el “El derecho a recurrir corresponderá a quien le sea expresamente permitido por Ley, incluida la víctima aunque no se hubiera constituido en querrelante”. No obstante lo anotado, en relación a la primera cabe precisar que el art. 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, más conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, lo incluye como un derecho fundamental, que ahora es recogido por la Constitución Política del Estado vigente en su art. 180.II que señala: “Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales”, de donde se deduce que la limitación objetiva a su vez no es absoluta. De otro lado el Capítulo IV del Título I del Libro Primero de la Segunda Parte del Código de Procedimiento Penal, tiene como nomen juris “Excepciones e incidentes”, cuyo procedimiento se rige por el art. 314 y ss. del CPP, precisando: “Las excepciones y las peticiones o planteamientos de las partes...”, por ello dentro un sentido

amplio de interpretación de las normas analizadas, encontramos en el art. 403 inc. 2) del mismo cuerpo legal, el derecho a impugnar resoluciones que resuelvan incidentes al incluirse su trámite dentro de las excepciones e incidentes, dado que sujetarnos a la enunciación que hace dicho precepto, correspondería a una interpretación restrictiva en desmedro de una norma internacional y de la propia Constitución. Este razonamiento implica un cambio de la línea asumida al respecto por las SSCC 0731/2005-R, 0265/2006-R, 0537/2006-R y 0721/2007-R, entre otras”.

Luego añadió que: “...como todos los derechos, el de recurrir está sujeto a las normas generales que lo rigen, entre ellos la oportunidad o el plazo, el contenido o expresión de agravios y la forma en que deban formularse...”.

Con relación a **los medios de impugnación a utilizarse en el juicio oral, deben ser los mismos que se utilizan para las excepciones**, por las razones ya expuestas, y cuyo entendimiento fue expuesto en la SC 0421/2007-R de 22 de mayo, cuando señala que: “De donde resulta, que la resolución de las excepciones en la audiencia de juicio oral o en sentencia es una facultad potestativa del tribunal; en ese sentido, si el Tribunal opta por la primera alternativa, deberá definir la situación declarando probada o rechazando la excepción. En el primer caso, es decir, **cuando se declara probada la excepción, las partes pueden hacer uso de la apelación incidental** señalada en el **art. 403 inc. 2) del CPP**, con los efectos previstos en el **art. 396 inc. 1) del mismo Código**; pues, en este caso, **a consecuencia de la resolución, se interrumpe el juicio oral y público**. Así, tratándose de la **excepción de prejudicialidad**, por disposición del **art. 309 del CPP** el juicio se suspende; **en las excepciones de incompetencia y litispendencia**, se dispone la **remisión de antecedentes al juez o autoridad llamada por ley (arts. 310 y 313 del CPP)**; en la **excepción de falta de acción se archivan las actuaciones** (art. 312 del CPP), y en las excepciones de extinción de la acción penal y cosa juzgada, se declara la extinción de la acción penal, disponiéndose el archivo de obrados (art. 313 del CPP).

En el segundo caso, es decir, **cuando se rechaza la excepción planteada, y se causa agravio, las partes deberán reservarse el derecho de plantear la apelación o recurrir de la decisión adoptada, junto con la sentencia, a través de la apelación restringida**, debido a las siguientes razones de orden procesal:

... Consecuentemente, al momento de resolver en la audiencia de juicio las excepciones o incidentes, será suficiente que las mismas, sean resueltas en forma oral, debido a que, conforme lo determina el **art. 371 del CPP** en el acta del juicio oral quedan registradas, entre otros aspectos, las solicitudes y decisiones producidas en el curso del juicio, las **objeciones de las partes y sus protestas de recurrir**; lo que abre la posibilidad de que estos aspectos sean

*impugnados a través del recurso de apelación restringida, como lo establece expresamente el art. 407 del CPP.*

De lo anotado se concluye que **en el juicio oral no es posible interponer el recurso de apelación incidental** para impugnar las resoluciones que rechacen excepciones, sino que las partes podrán reservarse el derecho de recurrir una vez pronunciada la sentencia cuando exista agravio” (las negrillas son nuestras).

Entendimiento que se encuentra acorde con el **art. 345 del CPP**, cuando determina que: “Todas las cuestiones incidentales serán tratadas en un solo acto, a menos que el tribunal resuelva hacerlo en sentencia.

En la discusión de las cuestiones incidentales, se les concederá la palabra a las partes tan solo una vez, por el tiempo que establezca el juez o el presidente del tribunal”, procedimiento que va en concordancia con el **art. 329 del CPP**, por cuanto el juicio oral es la fase esencial del proceso y se realiza en forma contradictoria, oral, pública y continua, esta última característica esencial del juicio oral, que implica, de acuerdo al **art. 334 del CPP**, que: “Iniciado el juicio se realizará sin interrupción todos los días hábiles hasta que se dicte sentencia y sólo podrá suspenderse en los casos previstos en este Código”, en este caso cuando se den las causales establecidas en el art. 335 del CPP.

Consecuentemente, los incidentes también pueden ser objeto de apelación, cuyo trámite y medios de impugnación admitidos se equiparan a las excepciones, por ser ambas, cuestiones accesorias que surgen al interior del proceso o con motivo de él; de tal manera que:

Cuando una excepción o incidente en juicio oral, sea:

1) Declarada probada e interrumpe el juicio oral y público, las partes pueden hacer uso de la apelación incidental señalada en el art. 403 inc. 2) del CPP, con los efectos previstos en el art. 396 inc. 1) del mismo Código; y

2) **Cuando sea declarada improbada** y por ende, no interrumpe el juicio oral y público, también es objeto de apelación, con la única diferencia de que el litigante debe limitarse a hacer constar su reserva de recurrir para, -en caso de que la sentencia le cause agravios-, ante una eventual interposición de recurso de apelación restringida”. (Negrillas y subrayado es nuestro)

Reiterando los fundamentos de la SC 636-2010 –RAC de 19 de julio, el Tribunal Constitucional cimienta sus argumentos en el sentido de equiparar los incidentes a las excepciones, en las SSCC 1008-2010 –RAC de 23 de agosto, 1878-2010 –RAC de 25 de octubre y 2094-2010 –RAC de 11 de noviembre:

“En lo referente a la apelación de los incidentes en materia penal, se debe tener presente, que si bien estos, no se encuentran previstos en el art. 403 del CPP, y por tal razón los jueces y tribunales, han venido rechazando los diferentes medios de impugnación que se fueron interponiendo contra éstos en atención al **art. 394 del CPP, a excepción del incidente de actividad procesal defectuosa**, el mismo que si en etapa de juicio oral es declarado improcedente, debe hacerse reserva de apelación hasta una eventual apelación de la sentencia conforme previene el **art. 407 del mismo Código**, resguardando el principio de oralidad, inmediación, celeridad y otros que rige en materia penal; sin embargo, no es menos cierto que entre ambas terminologías existe una similitud por cuanto **los incidentes son el género y las excepciones la especie**, cuestiones accesorias que surgen al interior del proceso o con motivo de él, con la diferencia de que las excepciones se encuentran expresamente enumeradas en el Código de Procedimiento Penal (art. 308 CPP), en cambio los incidentes como tal si bien no se encuentran enumerados; sin embargo, están **inmersas en alguno de sus articulados**.

En consecuencia, **si los incidentes y excepciones tienen similar significado**, por cuanto ambas son cuestiones accesorias que se interponen dentro del proceso o con motivo de él, **se llega a la conclusión de que también pueden ser objeto de apelación**, un entendimiento contrario sería coartar al litigante de los medios de impugnación que actualmente se encuentra reconocido como principio fundamental en el art. 180.II de la actual Constitución Política del Estado, cuando señala que: **“Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales”**, garantía que no solo puede circunscribirse a algunos actos del juez, sino a todos sus actos, sea en materia civil, penal, familiar y otros; lo contrario significaría, dejar indefenso al litigante frente a un eventual abuso y exceso de los jueces”. (Negrillas y subrayado es nuestro)

En la SC 2350-2010 –RAC de 19 de noviembre, el Tribunal Constitucional reitera la posición asumida a partir de la SC 636-2010 –RAC de 19 de julio y amplía algunos de sus fundamentos:

“El Tribunal Constitucional, **sentó jurisprudencia sobre la inadmisibilidad del recurso de apelación incidental contra las resoluciones que resolvían incidentes**, señalando “que solamente podía recurrirse en materia penal, de las resoluciones que están expresamente señaladas en la ley, así el art. 403 del CPP, establece las resoluciones que pueden ser objeto de apelación incidental, entre las que no se encuentra la que resuelve incidentes”; sin embargo, considerando que dicha interpretación asumida era restrictiva en desmedro de una norma internacional y de la propia Constitución, y al ser universal el derecho a recurrir, se cambió la línea jurisprudencial a partir de la SC 0636/2010-R de 19 de julio, superando

el criterio anteriormente establecido, determinando que son susceptibles del recurso de apelación incidental, las resoluciones pronunciadas en los incidentes, al señalar que:

“El derecho a recurrir se halla establecido en el art. 394 del CPP, adicionando las dos limitaciones que lo caracteriza, una objetiva y otra subjetiva. Por la primera, no todas las resoluciones son recurribles, sino aquellas «en los casos expresamente establecidos...». Por la segunda el «El derecho a recurrir corresponderá a quien le sea expresamente permitido por Ley, incluida la víctima aunque no se hubiera constituido en querellante». No obstante lo anotado, en relación a la primera cabe precisar que el art. 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, más conocida como «Pacto de San José de Costa Rica», lo incluye como un derecho fundamental, que ahora es recogido por la Constitución Política del Estado vigente en su **art. 180.II** que señala: «Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales», de donde se deduce que **la limitación objetiva a su vez no es absoluta.**

De otro lado el Capítulo IV del Título I del Libro Primero de la Segunda Parte del Código de Procedimiento Penal, tiene como nomen juris **«Excepciones e incidentes»**, cuyo procedimiento se rige por el art. 314 y ss. del CPP, precisando: «Las excepciones y las peticiones o planteamientos de las partes...», por ello dentro un sentido amplio de interpretación de las normas analizadas, encontramos en el art. 403 inc. 2) del mismo cuerpo legal, el **derecho a impugnar resoluciones que resuelvan incidentes al incluirse su trámite dentro de las excepciones e incidentes,** dado que sujetarnos a la enunciación que hace dicho precepto, correspondería a una interpretación restrictiva en desmedro de una norma internacional y de la propia Constitución. Este razonamiento implica un cambio de la línea asumida al respecto por las SSCC 0731/2005-R, 0265/2006-R, 0537/2006-R y 0721/2007-R, entre otras).

Sin embargo, **como todos los derechos, el de recurrir está sujeto a las normas generales que lo rigen, entre ellos la oportunidad o el plazo, el contenido o expresión de agravios y la forma en que deban formularse.** En cuanto a la apelación incidental se la debe presentar y tramitar en sujeción a las previsiones de los arts. 404 a 406 del CPP, deduciéndose la imposibilidad de plantearla directamente dentro del juicio oral, cuyo objeto la averiguación de los hechos, no permite su sustanciación durante la celebración del mismo, correspondiendo en su caso hacer reserva de apelación restringida, conforme tiene anotada la jurisprudencia constitucional, entre otras la SC 0522/2005-R, que al respecto precisa: «Consecuentemente, la corrección de la actividad procesal defectuosa dentro de los procesos penales puede hacérsela por la vía incidental ante el juez cautelar en la etapa preparatoria o ante el Juez o Tribunal de Sentencia en



*el juicio oral, y, en su caso, a través del recurso de apelación restringida». Línea jurisprudencial aplicable a los casos en que se apela contra una resolución que resuelve incidentes". (Negrillas y subrayado es nuestro)*

En el mismo sentido y apelando al Art. 180 –II CPE, las SSCC 2452-2010-RAC de 19 de noviembre , 2486-2010-RAC de 19 de noviembre y 2778-2010-RAC de 10 de diciembre , ratifican plenamente que la resolución que se pronuncia sobre los incidentes puede ser apelada al igual que las excepciones:

*"En consecuencia, si los **incidentes y excepciones tienen similar significado**, por cuanto ambas son cuestiones accesorias que se interponen dentro del proceso o con motivo de él, se llega a la conclusión de que también **pueden ser objeto de apelación**, un entendimiento contrario sería coartar al litigante de los medios de impugnación que actualmente se encuentra reconocido como principio fundamental en el **art. 180.II de la actual Constitución Política del Estado**, cuando señala que: "Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales", garantía que no solo puede circunscribirse a algunos actos del juez, sino a todos sus actos, sea en materia civil, penal, familiar y otros; lo contrario significaría, dejar indefenso al litigante frente a un eventual abuso y exceso de los jueces". (Negrillas y subrayado es nuestro)*



LA ESPADA  
DE DAMOCLES





## LA ESPADA DE DAMOCLES

La Revista Boliviana de Derecho abre un nuevo espacio de participación, para que el público exprese jurídicamente, críticas a Resoluciones Judiciales o Administrativas que se consideran en el hecho objetivo.

A este espacio se lo ha denominado **La Espada de Damocles** porque advierte la presencia de un peligro inminente o una amenaza.

Según cuentan Horacio y Cicerón en sus obras, en el siglo IV (A.C) Damocles era cortesano del Rey Dionisio I, tirano de Siracusa, a quien envidiaba por su vida aparentemente afortunada y cómoda.

Con el propósito de escarmentarlo, el monarca decidió que Damocles lo sustituyera durante un festín y ordenó que sobre su cabeza, pendiera una afilada espada desnuda suspendida de una crin de caballo.

De esta manera, Damocles pudo comprender lo efímero e inestable de la prosperidad y del lujoso modo de vivir del rey.

En **La Espada de Damocles** entonces, el objeto del comentario es la resolución en cuestión, cuyo original o copia legalizada deberá ser enviada a nuestras oficinas para su respectiva verificación y permitir de esta manera, ofrecer a dicha autoridad jurisdiccional o administrativa, la posibilidad de emitir opinión sobre la publicación anunciada o argumentar sobre su resolución.



## CORRUPCIÓN IMPUNE

Ximena Guzmán P.\*

La Fiscal Anticorrupción de Santa Cruz Karla Barrón Hidalgo, hizo caso omiso a la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz, y rechazó una denuncia con sobrados elementos probatorios de corrupción de un grupo de particulares que, a través de curiosas asociaciones, obtuvo millonarios préstamos bancarios impagos y cuya devolución fue asumida por el Estado a través el Banco Central de Bolivia, con recursos que salieron del Tesoro General de la Nación al que los bolivianos aportan.

La denuncia que consta en el caso FIS-ANTI 010129, fue presentada el 29 de julio de 2010 por Orlando Parada Vaca contra Sergio Armando Gonzales Bugüño y otras nueve personas por los delitos de Enriquecimiento Ilícito, Corrupción y Daño Económico al Estado. Los integrantes del grupo tienen grado de parentesco entre sí y conformaron una cadena de sociedades comerciales, de transporte e industriales, a fin de obtener préstamos bancarios con hipotecas de garantías ahora inexistentes, incumplimiento de contratos, evasión de impuestos, complicidad, encubrimiento, hasta el uso de palos blancos o testaferros y ventas entre ellos mismos.

Los préstamos fueron otorgados por los quebrados bancos BIDES A y BOLIVIANO AMERICANO ahora en liquidación, además del banco UNIÓN que actualmente tiene su mayoría accionaria en manos del Estado.

Las personas denunciadas son:

- **Sergio Armando Gonzales Bugüño** de nacionalidad chilena, socio y representante legal de las empresas Cruz del sur SRL, Distribuidora San Luís SRL y Embotelladora EBBA SA.
- **Flor Margarita Camargo Borja de Gonzales** (esposa del primero) socia y representante legal de las empresas Cruz del Sur SRL, Distribuidora San Luís SRL y Embotelladora EBBA SA.
- **Claudia Gimena Camargo Borja** (cuñada del Sr. Gonzales, socia y apoderada de alguna de las empresas que se indican.
- **Andrea Soledad Gonzales Demaría**, socia y apoderada de alguna de las empresas mencionadas.

\* **Ximena Guzmán P.**

Lic. en Comunicación Social (Universidad Católica Boliviana). Magister en Relaciones Internacionales (Universidad Nacional de Córdoba). Doctoranda en Ciencia Política (Universidad Nacional de Córdoba). Estudiante de Derecho.

- **Remberto Camargo Espinoza y Elina Borja de Camargo**, padres de Flor Margarita Camargo Borja y Claudia Gimena Camargo Borja, suegros de Sergio Armando Gonzales Bugüño, socios y gerentes y representantes legales de las empresas citadas.
- **Ricardo Gonzales Bugüño**, hermano de Sergio Armando, socio de la organización familiar Cruz del Sur, Distribuidora San Luis y Embotelladora EBBA SA.
- **Jorge Richard Villarroel Cuellar y Keila Yovania Villarroel Cuellar**, testaferros, socios de Transporte Fluvial y Terrestre SRL, empresa que registró embarcaciones que habían sido otorgadas en garantía al sistema financiero y
- **Elda Loras Mariobo** (empleada doméstica de los esposos Gonzalez Camargo), socia de la mayoría de las empresas que se citan y testaferro de la organización de Sergio Armando Gonzales Bugüño.

La Fundación para el Desarrollo Empresarial (FUNDEMPRESA), emitió una certificación de las diez entidades creadas por este clan familiar:

- **TFT – Transporte Fluvial y Terrestre Nacional e Internacional SRL**, creada y constituida inicialmente por Jorge Richar y Keila Yovania Villarroel Cuellar; para luego transferir bienes (las embarcaciones Sergio Andrés, Mauritania, Mauritania I y Mauritania II que, bajo otros nombres se encontraban hipotecadas al sistema financiero) y acciones que a la fecha se encuentran en manos de Claudia Gimena Camargo Borja y Elda Loras Mariobo.
- **Empresa Cruz del Sur SRL**, integrada por Ricardo y Sergio Armando Gonzales Bugüño y Flor Margarita Camargo Borja, y la que contrajo parte de la deuda con el sistema financiero.
- **Distribuidora San Luis**, constituida e integrada por Sergio Armando Gonzales Bugüño y Flor margarita Camargo Borja, empresa que contrajo abultadas deudas con el sistema financiero que nunca fueron totalmente canceladas.
- **Industria Maderera Isigo SRL**, de la que forma parte como socio y/o apoderado legal el señor Sergio Armando Gonzales Bugüño.
- **Transportes Cono Sur SRL**, de la que forma parte como socio y/o apoderado leal el Sr. Sergio Armando Gonzales Bugüño.
- **Empresa Gambrius SA**. De la que forma parte como socio y/o apodado legal el Sr. Sergio Armando Gonzales Bugüño.
- **Fergon SRL, Import-Export**, de la que forma parte como socio y/o apoderado legal el Sr. Sergio Armando Gonzales Bugüño.
- **Empresa de Alimentos y refrescos EBBA SA**, integrada en su momento por Sergio Armando Gonzales Bugüño, Flor Margarita Camargo Borja, Remberto Camargo Espinoza y Elina Borja de Camargo. Con esta empresa se firmó la delegación de deuda para burlar las obligaciones con el Banco BIDES.A.



- **Compañía Fluvial del Norte SRL**, integrada por Flor Margarita Camargo Borja, Sergio Armando Gonzales Bugüño, Claudia Gimena Camargo Borja, Remberto Camargo Espinoza, Elina Borja de Camargo y Elda Loras Mariobo.
- **Empresa Palma Real SRL**, integrada por Claudia Gimena Camargo Borja y Elda Loras Mariobo.

Los préstamos, fueron adjudicados con garantías ahora inexistentes o, con bienes que coincidentemente cambiaron de nombre y de dueño entre personas del mismo clan familiar: Es el caso de cuatro embarcaciones registradas en el Ministerio de Defensa –Registro Internacional de Buques (RIBB)- ,a nombre de la Compañía Fluvial del Norte que fueron denominadas: Lusitania, San Pablo o Titanic, Rossío y Silvana.

Las mismas embarcaciones, a juzgar por los datos técnicos de identificación, aparecen luego registradas por el mismo RIBB, como pertenecientes a la empresa Transporte Fluvial y Terrestre Nacional e Internacional SRL. Ese nuevo registro denomina a las citadas naves con los nombres de: Sergio Andrés, Mauritania, Mauritania I y Mauritania II. Lo curioso e interesante es que el año 2001, “TFT – Transporte Fluvial y Terrestre SRL”, transfirió esas mismas embarcaciones a la anterior propietaria: Compañía Fluvial del Norte SRL, empresa a la que luego se las remataron por intermedio de un juicio laboral.

En ese proceso, el ex dueño de los cuatro barcos Remberto Camargo Espinoza, suegro de Sergio Gonzales, parece haber armado una demanda de dos amigos de Gonzales quienes iniciaron un proceso por pago de beneficios sociales a la empresa “Compañía Fluvial del Norte SRL”, constituida por Sergio Armando Gonzales y su esposa Flor Margarita Camargo.

La liquidación por ese concepto se hizo millonaria, puesto que Remberto Camargo, mediante documento escrito, certificó que cada uno de sus supuestos funcionarios, percibía el elevado salario mensual de tres mil quinientos dólares americanos . El proceso contra la Compañía Fluvial del Norte, fue asumido por Ana Cristina Vaca Gómez en representación de los ex empleados, los hermanos William Ferreira Mejido y Romeo Ferreira Mejido. Extrañamente Camargo no interpone ningún recurso contra la demanda y el juicio cobra tal celeridad que, el 20 de agosto de 2003, se señalan las audiencias de remate en subasta pública de los bienes inmuebles y muebles embargados por el Banco BIDESSA, de propiedad de la empresa Compañía Fluvial del Norte SRL. De esta forma, el Estado no sólo que pierde de vista cuatro barcos entregados en calidad de garantía, sino que el Ministerio de Defensa facilita el cambio de nombre a las mismas naves y el Poder Judicial autoriza el remate y la adjudicación de esas fianzas.

Finalmente, los dos supuestos ex empleados, los hermanos Ferreira Mejido, transfieren las cuatro embarcaciones obtenidas en el juicio laboral, a Gloria Patricia

Roca Guzmán, quien luego las vende a la empresa “Palma Real SRL”, constituida por Claudia Gimena Camargo y María Elda Loras. Es esta última que vende dichas embarcaciones a Claudia Gimena Camargo, su socia y, a la vez, cuñada de Sergio Gonzáles e hija de Remberto Camargo. Los datos que se relatan, cursan en el expediente de la denuncia y por ellos se evidencian estas irregularidades que provocan grave daño patrimonial al Estado y que al parecer, no llamaron en absoluto la atención de la Fiscal Anticorrupción.

Otras garantías hipotecadas, fueron revendidas en tres oportunidades, sin autorización ni conocimiento de los bancos acreedores, como los dos camiones, marca Volvo, Modelo 1991 con placas de circulación N° SCN 167 y N° SCN 165 que fueron transferidos por ante la Notaría N° 8 a cargo de Leticia Aguirre Ballivián el 18 de julio del año 2000, por la Empresa Cruz del Sur SRL representada por Sergio Armando Gonzales Bugüño a su empleada doméstica, socia y cómplice de todas estas actuaciones, Sra. Elda Loras Mariobo.

Luego de esta transferencia, mediante documento privado del 19 de octubre del año 2000, cuyo reconocimiento de firmas se realizan por ante la misma Notaria Dra. Leticia Aguirre Ballivián, Sergio Armando González Bugüño afirma ser único propietario de los dos camiones antes citados y en esa calidad los vende a Julio César Flores Reus.

Cuatro días después, el 23 de octubre del mismo año, ante la Notaría ahora a cargo de Martha Elena Flores de Menacho, la Sra. Elda Loras Mariobo afirma ser la única propietaria de los dos camiones citados y en esa calidad los vende a la Sra. Ana Cristina Vaca Gómez.≤

### La resolución de la Fiscal Barrón vs. ley Marcelo Quiroga Santa Cruz

La Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz en su art. 9, señala que la Fiscalía Anticorrupción es una de las instancias llamadas a atender denuncias presentadas por el llamado “control social” representado por **personas individuales o instituciones, contra funcionarios públicos o privados que ocasionaron y ocasionan pérdidas al patrimonio boliviano**. Aún así, la Fiscal Anticorrupción Karla Barrón Hidalgo argumenta en su Resolución de Rechazo de la denuncia, que el denunciante no es parte del proceso y, como tal, no puede aportar a la investigación limitando su participación al mero hecho enunciativo sin opción a coadyuvar tal como lo garantiza la ley.

En cuanto a los diez denunciados, Barrón dice que ninguno de ellos fue dependiente de la administración pública y que ninguno tiene registro prontuario, olvidando que la ley refiere a personas públicas o privadas que atenten al patrimonio estatal. La carencia o existencia de tarjeta prontuario, no es excluyente a la comisión de los delitos señalados.

En cuanto a las asociaciones delictuosas, la Fiscal Barrón asevera que las empresas citadas, tuvieron existencia real y jurídica conforme a la disposiciones comerciales vigentes en Bolivia pero no le llama la atención siquiera, que todas las empresas sindicadas hayan sido creadas y que tengan como propietarios a personas del mismo círculo familiar y que entre ellos se hayan firmado poderes, extendido contratos y efectuado compra venta de bienes tal como funciona una organización criminal.

En relación al Enriquecimiento Ilícito denunciado, la Fiscal Anticorrupción concluye que no existen parámetros para comparar la desproporción del capital inicial con el que el grupo de denunciados comenzó sus actividades, respecto al capital final después de la comisión del ilícito sindicado. Para tal aseveración, la Fiscal Barrón se respalda en una declaración de Sergio Armando Gonzalez Bugüño que dice que “él, junto a su esposa Flor Margarita Camargo Borja, constituyeron una serie de empresas, pero a raíz de la recesión económica, sufrieron la pérdida del cien por ciento de su patrimonio, por lo que no poseen bien alguno, al extremo de no poder sustentar incluso los gastos de su familia”. Luego de la quiebra de bancos como el BIDESA o el BOLIVIANO AMERICANO el Estado evidenció que se estafaron más de mil millones de dólares en medio de bullados delitos cometidos por inescrupulosos banqueros en combinación con clanes familiares y solo algunos fueron a parar a la cárcel. Será que para la Fiscal Karla Barrón, una declaración verbal de quiebra personal es suficiente para no iniciar una investigación sobre el origen de esa fortuna familiar capaz de solicitar un préstamo de un millón y medio de dólares solamente del banco BIDESA? Cuál habrá tenido que ser el patrimonio de la organización para acceder a tan cuantioso empréstito?

Tras una declaración del Interventor Liquidador del Banco BIDESA Sr. José Meruvia Villarroel ante el Ministerio Público, la Fiscal arguye que entre las personas que privaron a este banco de ejecutar los bienes hipotecados en calidad de garantía en el crédito con la empresa Cruz del Sur, fue el denunciante Orlando Parada Vaca quien se habría adjudicado inmuebles tras haber ganado un juicio laboral.

Por lo demás, existe un proceso que no está siendo activado como es el interés del Estado. El juicio con el N° IANUS 2010-23391, está en fase de ejecución y se tramita en el Juzgado 4ª PC del Banco BIDESA en liquidación, contra las empresas Cruz del sur SRL, San LuíS SRL, Empresa de bebidas y alimentos EBBA SA, Compañía Fluvial del Norte SRL, y contra personas naturales que responden a los nombres de Sergio Armando Gonzales Bugüño y Flor Margarita Camargo de Gonzales.

Desde la denuncia presentada por Orlando Parada Vaca el 28 de junio de 2010, por los delitos de Corrupción, Sociedades Ficticias, Enriquecimiento ilícito y otros, hasta la Resolución de Rechazo de la Fiscal Karla Barrón Hidalgo el 14 de enero de 2011 pasaron siete meses. En ese lapso el denunciante presentó 27 memoriales con

elementos indiciarios, elementos de convicción, pruebas contundentes y solicitudes para que se puedan diligenciarse actos investigativos.

La Resolución de rechazo fue objetada por Parada Vaca el 21 de enero de 2011 en donde pide que también se abra proceso investigativo en su contra; y, a pesar de insistentes memoriales solicitando el pronunciamiento a la Objeción Planteada, no se ha obtenido respuesta hasta el cierre de la presente edición.

### **Lo dicho, dicho está**

La Revista Boliviana de Derecho fue en busca de la fiscal Karla Barrón Hidalgo a quien se le hizo conocer de la presente publicación y se le brindó la posibilidad de emitir su criterio o que haga conocer los motivos que la llevaron a emitir tal resolución, tema de este artículo.

La fiscal anticorrupción había sido cambiada de fuente laboral en abril del presente año, a la Fiscalía de la Aduana Regional Santa Cruz. En una conversación telefónica con ella, se negó a fijar una cita para entrevistarla, indicando de manera textual “No estoy en condiciones de comentar nada, ya que los argumentos que yo he utilizado para emitir esa resolución, están en esa resolución y no tengo nada más que agregar”.

Respecto al daño económico causado al Estado Boliviano, resulta fundamental señalar que las deudas acreditadas en la presente investigación, a saber: (Certificación del BIDES A CITE IL-BIN N° 779/2010)

- Deuda con el banco BIDES A de fecha 25 de diciembre de 1993 y su última renovación de 31 de julio de 1997 con la empresa "Cruz del Sur SRL", por el monto de 1.326.600 dólares americanos.
- Deuda con el banco BIDES A, por el cual la Empresa Distribuidora San Luis, obtuvo crédito en fecha 25 de diciembre de 1993 y su renovación de 31 de julio de 1997, por un millón trescientos veintidós mil seiscientos dólares americanos.
- Deuda con el Banco BIDES A por el cual La Compañía Fluvial del Norte, por préstamo de 25 de diciembre de 1993 y renovación de 31 de julio de 1997, mantiene deuda pendiente en fase de ejecución judicial.
- Deuda con el Banco Boliviano Americano, de fecha 31 de octubre de 1996, por el monto de 13.211.224 Bs, con la empresa "Cruz del Sur" los sindicados Sergio Armando González Bugueño y Flor Margarita Camargo Borja figuran en calidad de Fiadores.
- El Banco Unión, no ha reportado deudas pendientes con las empresas detalladas en el memorial de denuncia.

Que la totalidad de deudas que a la fecha se encuentran en fase de ejecución judicial, en las que figuran como obligados o fiadores algunos de los sindicados, han sido suscritas los años 1993 a 1996, cuando las instituciones financieras BIDES A, BBA, o BANCO UNIÓN, eran de propiedad privada, accionistas y/o representantes, personas naturales o jurídicas de derecho privada y ninguna intervención estatal.

Al efecto, es importante señalar que en fecha 12 de diciembre del año 1997 se produce la quiebra del Banco BIDES A, el Banco Boliviano Americano BBA el mes de mayo de 1999 fue intervenido estatalmente, produciéndose la venta forzosa de sus activos y pasivos al Banco de Crédito BCP. El mes de diciembre de 2004, el Estado Nacional adquiere el 97% de las acciones del Banco Unión. Es decir, estas tres entidades financieras pasan a control estatal los años 1997, 1999 y 2004, por tanto, a la fecha de suscripción de los contratos de crédito con las empresas "Cruz del Sur", "Distribuidora San Luis" y "Compañía Fluvial del Norte", los representantes efectúan transacción comercial con entidades privadas, menos por tanto en intereses al Estado Boliviano, de lo que se colige que no pudo, por imposibilidad material, intención, ni daño material producido a la sociedad en su conjunto.

### III. PARTE DISPOSITIVA

Por lo expuesto se dispone el **RECHAZO DE LA DENUNCIA** formulada por Orlando Parada Vaca, de conformidad a lo previsto por los Arts. 301 Inc.3), 304 Inc.3) del Código de Procedimiento Penal y 45 Inc. 7) de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En cumplimiento al Art. 45 inc.12) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, remítase ante el Sr. Fiscal del Distrito copia de la Resolución, como ante el Juez de Instrucción que conoce de la investigación, junto a las notificaciones realizadas a las partes.

La parte denunciante, si se considera agaviada con esta resolución, de conformidad al artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, en el plazo de cinco días de su legal notificación, podrá presentar Objeción a la misma.

**NOTIFÍQUESE, REGÍSTRESE Y ARCHÍVESE.**

Santa Cruz, 14 de enero de 2011.

  
Dra. Rosa Barrón Hidalgo  
FISCAL  
MINISTERIO PÚBLICO



## QUIÉN PROTEJE AL VECINO!

Ximena Guzmán P.\*

En interpretación de algunos juzgadores, las ordenanzas municipales no tienen aplicación en la jurisdicción ordinaria. De ser eso cierto, se está transgrediendo el art. 410 de la Constitución Política del Estado.

Los Arts. 411 y siguientes, del Código de Urbanismo y Obras, establece que en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, la zona urbana intermedia se halla delimitada por el 1° y 2° anillo. La edificación de cualquier basamento se registrará por las siguientes disposiciones:

- Altura máxima. 9.5 mts (tres pisos)
- Apoyos laterales y de fondo. 60%
- Retiro sobre la línea Mpal. 5 mts. mínimo

Además, los arts. 19.1, 21.2 de la CPE garantizan el derecho a una vivienda que dignifique la vida familiar y el derecho a la privacidad e intimidad; los Arts. 107 y 115 del Código Civil hacen referencia al abuso del derecho y al ejercicio de la propiedad en perjuicio de los vecinos.

A pesar de la existencia de estas normativas, el propietario de un edificio en construcción en el área colonial de la ciudad, se excedió en el límite de altura y levantó seis pisos. Por otra parte, el nuevo edificio se apoyó en 90% a la casa colindante por lo que sus propietarios sentaron una denuncia ante el Gobierno Municipal.

Pocas semanas tardó el Alcaldía en notificar al dueño de la obra Jesús Limbert Céspedes Suárez, con el Acta de Infracción N° 271/2009 inmersa en la ordenanza Municipal 049/2006. Como descargo, el dueño constructor solo presentó planos de relevamiento considerados insuficientes por el Departamento de Control de Proyectos y se hizo pasible a pagar una multa de Bs. 800 además de ser conminado a demoler 2 de los cinco pisos que construyó. No cumplió ni una cosa ni la otra, al contrario, aumentó un piso más a su edificación.

### \* Ximena Guzmán P.

Lic. en Comunicación Social (Universidad Católica Boliviana). Magister en Relaciones Internacionales (Universidad Nacional de Córdoba). Doctoranda en Ciencia Política (Universidad Nacional de Córdoba). Estudiante de Derecho.

Con este incumplimiento a las normas municipales y viendo vulnerados sus derechos ciudadanos, el 18 de febrero de 2010 los dueños de la vivienda afectada, presentaron una demanda de Interdicto por Obra Nueva Perjudicial y Daño Temido al sistema judicial. El expediente radicó en Juzgado 12 de Instrucción en Materia Civil Comercial, demanda N° 02/2010, signado con el IANUS N°201004114.

La Jueza de la causa, Dra. Gabriela M. Saucedo Chávez falló declarando improbadamente la demanda por cuanto señala que **“el mismo (Código de Urbanismo y Obras) es de aplicación municipal y por sus entes de administración del Gobierno municipal y no así para que la administración de justicia, de lo que se extrae que todo incumplimiento a las normas del mencionado código, tiene que ser denunciado, procesado y sancionado por las instancias correspondientes de la H.A.M de Santa Cruz, de lo que se torna improcedente considerar la normativa enunciada en la demanda del presente código en la presente sentencia”**.

En su análisis documental para emitir resolución, la jueza Saucedo Chávez, evidencia en base a los informes periciales e inspecciones oculares que el dueño del edificio en construcción no cuenta con el proyecto aprobado, que no tiene los planos de construcción y que tampoco había colocado un letrero de obra. Reconoce que la construcción nueva está ubicada entre el 1° y 2° anillo de la ciudad excediendo limitaciones en altura y apoyo en las casas vecinas. Admite también que durante el proceso, el aludido Jesús Limberg Céspedes Suárez, no se presentó a ninguna de las audiencias y tampoco presentó memorial alguno para asumir defensa. Aún así, la jueza rechaza la demanda con los siguientes argumentos:

1. La autoridad judicial señala que el inmueble de los demandantes goza del ingreso de sol y ventilación necesarios para el normal desenvolvimiento a las actividades cotidianas familiares y laborales.
2. Dice también que la parte demandada no obstaculiza el ingreso de los elementos naturales esenciales para la vida y por consiguiente a criterio suyo, no constituye una obra perjudicial o un daño material que afecte la estructura y hábitat adecuado.
3. La jueza señala que el art. 5 del Código de Urbanismo y Obras, establece que es función de la Junta de Planificación Urbana, la revisión y aprobación de proyectos y responsabilidad de la Oficialía Mayor Técnica de la Alcaldía Municipal lo referido a la licencia y fiscalización de la construcción. Indica que la Alcaldía es la instancia llamada a aplicar sanciones dependiendo el grado de gravedad que revistan: llamados de atención, multas o demolición si infringe reglamentos vigentes previo dictamen de instituciones profesionales como la sociedad de ingenieros o la cámara de la construcción.



4. Por determinación de la jueza Gabriela M. Saucedo Chávez, **el código ha sido aprobado por el Consejo Municipal de Santa Cruz según ordenanza Municipal N° 38/91, y no mediante ley dictada por el Estado a través del poder legislativo. Por lo tanto el incumplimiento a las normas del código debe ser denunciado, procesado y sancionado por la Alcaldía y no por el Poder Judicial.**

No constituye esta situación en el más flagrante atentado a los cimientos y estructura jurídica del Estado Boliviano? Se está negando valor normativo a la legislación reglamentaria municipal y, por tanto, se está dejando de aplicar el mandato constitucional contenido en el Art. 410 de la Constitución Política del Estado y el Art. 5 de la Ley de Organización Judicial. La sentencia vulnera el principio de legalidad, de jerarquía normativa y supremacía constitucional contenidos en las normas citadas.

El rechazo de la demanda fue apelada por los dueños de la casa afectada. Finalmente el expediente radicó en el juzgado 7mo de Partido en Materia Civil Comercial, donde el juez Gualberto Jurado Peredo rechazó la apelación formulada y confirmó en todas sus partes la Sentencia de 25 de marzo de 2010 pronunciada por la Juez 12avo de Instrucción en lo Civil Comercial de la Capital, con el mismo argumento: "... **el código ha sido aprobado por el Consejo Municipal de Santa Cruz según ordenanza Municipal N° 38/91, y no mediante ley dictada por el Estado a través del poder legislativo. Por lo tanto el incumplimiento a las normas del código debe ser denunciado, procesado y sancionado por la Alcaldía y no por el Poder Judicial.**

Es abusivo que un ciudadano construya sin planos ni permiso, un edificio que rompe con las normas de planificación urbana perjudicando a los vecinos y que además, no cumple las sanciones establecidas por la Alcaldía. Y es incongruente que los jueces, a pesar de verificar esas denuncias, hayan declarado Improbada la demanda alegando que el Código de Urbanismo y Obras no es de aplicación ante la jurisdicción ordinaria porque ha sido aprobado por el Concejo Municipal de Santa Cruz y no mediante ley dictada por el Estado a través de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

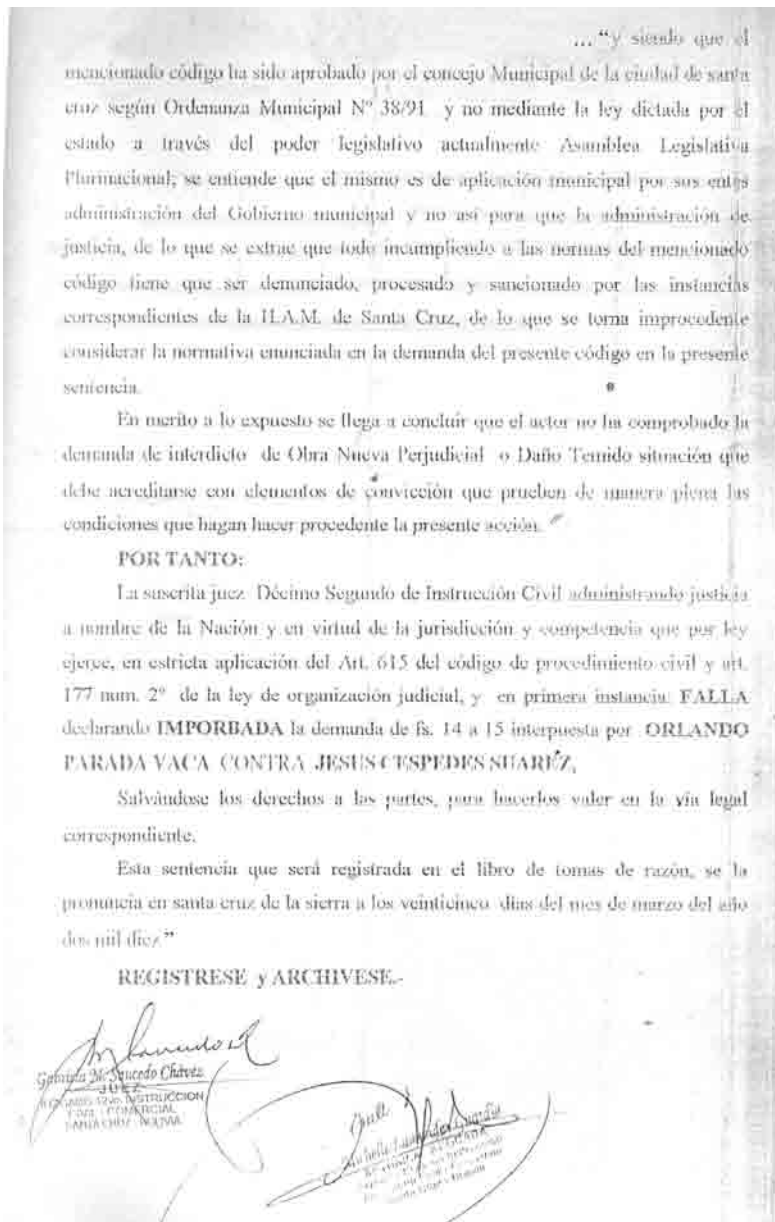
### **Los jueces**

Respetuosos de la ética periodística y como es característica de La Espada de Damocles, perseguimos una declaración de las dos autoridades judiciales que emitieron las resoluciones en cuestión, para que respondan a la pregunta ¿Por qué el Código de urbanismo y obras no es aplicable a la justicia ordinaria?

La Jueza Saucedo Chávez no respondió a nuestra solicitud de entrevista a pesar que dejamos a su disposición dirección, teléfonos y correo electrónico para comunicarse con la Revista Boliviana de Derecho. En tribunales los funcionarios a su

cargo no supieron proporcionarnos un número celular ni una dirección para ubicar a la juez, alegando que dicha autoridad se encontraba con baja médica y que su ausencia de prolongaría hasta pasada la vacación judicial, fecha que coincide con el cierre de edición del presente número de rBD.

Por su parte el ex juez Gualberto Jurado, aseguró que prepararía para esta revista, un documento argumentando los motivos de su resolución. Luego desistió de hacerlo.



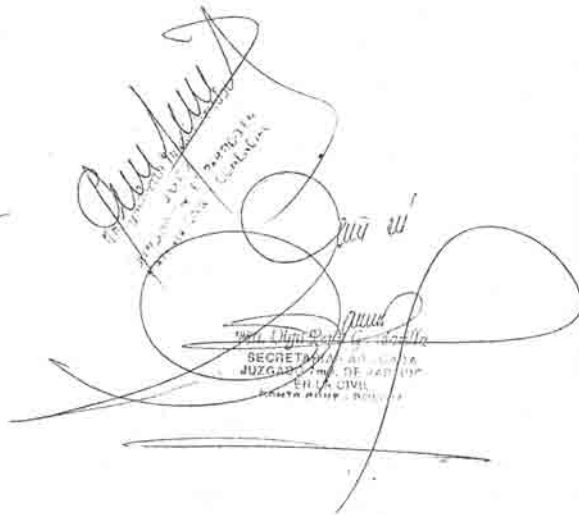
pruebas aportadas por el actor con relación a sus pretensiones expuestas en su demanda principal, y la normativa jurídica que regula la materia. El hecho que el demandado no haya contestado la demanda, no implica en lo absoluto que el actor principal, tenga razón y derecho sobre todas sus pretensiones; Por otro lado, los aspectos técnicos sobre los cuales el actor funda sus pretensiones, son aspectos que no se encuentran establecidas en el Libro Segundo, Título V, Capítulos del I al VI del Código Sustantivo Civil, tal como lo exige el Art. 615 del Procedimiento Civil.

**POR TANTO:** El suscrito Juez Séptimo de Partido en lo Civil Comercial de la Capital, actuando como Tribunal de Alzada, RECHAZA la apelación formulada por el Sr. ORLANDO PARADA VACA, y en aplicación de las facultades conferidas por el Art. 237 inc. 1) del Procedimiento Civil, CONFIRMA EN TODAS SUS PARTES, la Sentencia en fecha 25 de marzo del 2010 saliente de fs. 59 a 61 de obrados, pronunciada por la Sra. Juez 12avo de Instrucción en lo Civil Comercial de la Capital.-

Regístrese.-

AUTO No. 14  
Reg. Pág. 20-21  
Tema de Razón I-10.

  
Cinthia Ma. Mamani Barra  
AUXILIAR  
JUZGADO 7mo DE PARTIDO EN LO  
CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL  
SANTA CRUZ - BOLIVIA

  
SECRETERIA DE LA  
JUZGADO 7mo DE PARTIDO  
EN LO CIVIL  
SANTA CRUZ - BOLIVIA



RESEÑAS  
BIBLIOGRAFICAS





## LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL BOLIVIANO

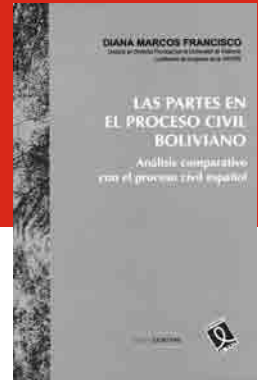
### *Análisis comparativo con el proceso civil español*

**Orlando Parada Vaca**

Como se desprende del propio título, nos encontramos ante una obra novedosa y de gran utilidad práctica para todo operador jurídico. La autora realiza una labor de sistematización, interpretación y crítica de la normativa existente sobre las partes en el proceso civil, tanto boliviano como español. Por tanto, sus conceptos, razonamientos e, incluso, jurisprudencia comparada que allí se consignan, son de gran utilidad al jurista boliviano.

El carácter novedoso de la obra deriva del inexistente o escaso tratamiento realizado en la doctrina boliviana sobre la materia; obra que prácticamente ha visto la luz de forma coetánea a la del juez Manuel Jesús Chuquimia Zeballos, sobre *Las partes en el Proceso Civil (Especial referencia a la doctrina española)*, publicado por el Instituto de la Judicatura de Bolivia en 2009, lo que explica la falta de referencia expresa a esta obra en el trabajo reseñado.

Asimismo, hay que destacar el gran número de resoluciones judiciales tratadas y consignadas en el trabajo (especialmente, Autos de la Corte Suprema de Justicia -ahora, Tribunal Supremo de Justicia-), incluyendo las más recientes, para apoyar o, en su caso, discutir o criticar distintas posiciones a la hora de interpretar diferentes aspectos jurídicos relacionados con el tema de las partes en el proceso civil boliviano. Y todo ello siempre argumentando jurídicamente la postura defendida por



**AUTOR:**

Diana Marcos Francisco

**Editorial:**

EL PAIS

364 páginas

la autora en relación con los ordenamientos jurídicos boliviano y español y con un correcto sentido de los conceptos procesales.

La profesora MARCOS FRANCISCO divide la obra en ocho Capítulos; obra cuyo objeto fundamental es estudiar toda una serie de temas relativos a las partes en el proceso civil boliviano según sus normas reguladoras y, especialmente, atendiendo a la normativa del vigente Código de Procedimiento Civil de 1976, que reserva el Título II del Libro Primero, bajo la rúbrica "**del proceso en general**", a la regulación "**de las partes**". Exactamente, la autora trata los temas de la capacidad, comparecencia y actuación procesal de las partes, la legitimación, el proceso civil con pluralidad de partes, la sucesión en la posición procesal de demandante o de demandado, la rebeldía y el beneficio de gratuidad. La mayoría de estas materias se tratan o regulan, en mayor o en menor medida y en forma más o menos clara, en los distintos Capítulos integrantes del mencionado Título (en concreto, el Capítulo I, sobre "**intervención y capacidad de las partes**"; el Capítulo II, sobre "**representación**"; el Capítulo III, sobre "**rebeldía**"; el Capítulo IV, sobre "**citación de evicción**" y el Capítulo V, sobre "**beneficio de gratuidad**"), Capítulos cuyo estudio se aborda en el presente trabajo reseñado intentando aclarar su sentido y alcance. Pero la autora, no sólo se contenta con interpretar brillantemente estas normas, sino inclusive se dedica a tratar y aclarar temas o conceptos procesales como el de la legitimación, carente de toda regulación en el aludido Código procesal civil, o el del litisconsorcio necesario, carente también de regulación expresa (a diferencia del voluntario, regulado expresamente en el art. 67) y, aunque jurisprudencialmente está unánimemente admitido, en muchas ocasiones, como bien indica la profesora, se utiliza de forma incorrecta este supuesto de pluralidad de partes en el proceso civil cuando estamos en realidad ante otros fenómenos procesales.

Todo ello, convierte este trabajo en una obra de referencia absolutamente indispensable tanto para los que se dedican a la investigación, como para los profesionales del Derecho.



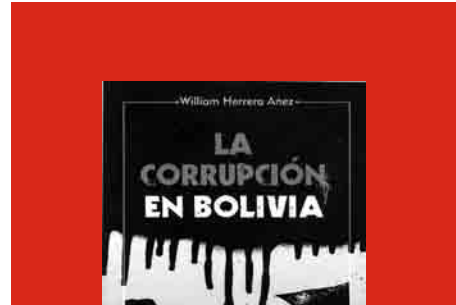
## LA CORRUPCIÓN EN BOLIVIA

*Orlando Parada Vaca*

William Herrera Añez ha publicado en la editorial Kipus, el libro “La Corrupción en Bolivia”, compuesto de 274 páginas y lo ha puesto a consideración de la sociedad boliviana. Esta obra se suma a otras publicaciones especializadas del autor, especialmente referidas al Derecho Procesal Penal. Así por ejemplo lo último que ha publicado dentro de su especialidad ha sido: “El Proceso Penal Boliviano”, segunda edición, 2010, donde hace un estudio completo y sistematizado sobre esta parcela del Derecho.

Sin embargo, “La Corrupción en Bolivia” es la primera publicación que aborda este fenómeno social. El trabajo, que se compone de cuatro capítulos, explora y analiza las causas y los efectos de la corrupción; describe y estudia las políticas preventivas y se cuestiona si la configuración de los Órganos Ejecutivo y Judicial, resultan coherentes, idóneas y suficientes para luchar realmente contra la corrupción.

Según el autor; la corrupción y sus múltiples manifestaciones, ha dejado de ser un problema nacional para convertirse en un “cáncer” general, que degrada sistemáticamente las instituciones democráticas, la sociedad, el desarrollo sostenible de los pueblos y los valores esenciales de nuestra civilización. También deja establecido que las prácticas corruptas son tan antiguas, se encuentran globalizadas, no tienen límites, fronteras ni ideologías y socavan tanto las estructuras del sistema capitalista como del sistema socialista.



**AUTOR:**

*William Herrera Añez*

**Editorial:**

*Kipus*

*364 páginas*

La publicación enfatiza sobre la gravedad de este fenómeno social, al extremo que las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos por separado, no sólo han condenado las prácticas corruptas y exhortado a los Estados para que adopten disposiciones legislativas idóneas, sino también han denunciado los problemas que plantea la corrupción para la estabilidad política e institucional, la seguridad de las sociedades y el imperio de la ley.

Asimismo, el autor pasa revista a la normativa existente y pone de manifiesto que el Estado boliviano ha sido consciente de este problema, y se ha sumado al llamado de ambos organismos internacionales, por cuanto: a) Mediante DS N° 29894, de 7 de febrero del 2009, se crea por primera vez el Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha Contra la Corrupción, para cambiar los “patrones culturales que se encuentran en la mentalidad y en el comportamiento de las personas”; b) Mediante DS N° 0214, de 22 de julio de 2009, se define la Política Nacional de Transparencia y Lucha contra la Corrupción; y, c) Mediante la Ley N° 004, del 31 de marzo de 2010 (Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”), se establecen “mecanismos y procedimientos en el marco de la Constitución Política del Estado, Leyes, Tratados Internacionales, destinados a prevenir, investigar, procesar y sancionar actos de corrupción...”

El profesor William Herrera considera que desde el punto de vista normativo e institucional, estarían dadas las condiciones para luchar contra la corrupción, y aboga por que todas las instituciones encargadas de esta lucha hagan un “trabajo en equipo”, y se pase del discurso político y mediático, a combatir efectivamente este cáncer social, que mina las instituciones públicas y privadas.

Sin embargo, el autor llama la atención en el sentido de que la mera existencia de instituciones, plan “cero tolerancia a la corrupción” y una legislación nacional e internacional, no resuelve el problema. En realidad, tiene que existir una firme voluntad política del Gobierno y una gran cruzada nacional, que involucre a todos los sectores de la sociedad, para combatir la corrupción, antes que sea demasiado tarde.

En cualquier caso, la lucha contra este viejo fenómeno social preventiva y represiva tiene que llevarse a cabo conforme a los principios, derechos y garantías que establece la Constitución y el Estado Social y Democrático de Derecho; es decir, donde prevalezca la voluntad popular, la división de poderes, la independencia de los jueces, la libertad de expresión, la rendición de cuentas y la transparencia en todos los niveles del Estado.

La obra además cuenta con rigor científico y académico. En este sentido el libro de William Herrera, que tiene excelente y actualizado respaldo bibliográfico, se constituirá en la obra de consulta obligada no sólo para los estudiantes y profesionales del Derecho, sino también para los politólogos y académicos sociales, así como de las instituciones públicas y privadas que tengan algún interés de conocer y profundizar sobre uno de los fenómenos más perversos de los últimos tiempos.

# INSTRUCCIONES A LOS AUTORES



## INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

### I. Invitación

La invitación para publicar en cualquiera de las secciones de la Revista Boliviana de Derecho está abierta a autores nacionales y extranjeros, siendo el requisito imprescindible, que el contenido de los artículos esté relacionado con las ramas del Derecho y sea de interés para la doctrina jurídica boliviana o iberoamericana.

### II. Envío de artículos, fechas de recepción y aceptación

1. Los trabajos deberán enviarse mediante archivo electrónico en CD, al Director de Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho (Calle Tumusla N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó a los correos electrónicos: [revistabolivianadederecho@hotmail.com](mailto:revistabolivianadederecho@hotmail.com), [orlandoparada.vaca@gmail.com](mailto:orlandoparada.vaca@gmail.com)
2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 28 de febrero y 30 de agosto, respectivamente.
3. La fecha de aprobación de trabajos para su publicación en los números de julio y diciembre no excederá el 31 de marzo y 30 de septiembre, respectivamente.
4. La aceptación de un trabajo para su publicación, supone que los derechos de copyright (Derechos de Autor), en cualquier medio y por cualquier soporte, quedan transferidos a la Fundación Iuris Tantum, editora de la revista.

### III. Sistema de arbitraje

Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial decidirá en un lapso no mayor a los cinco días, si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos.

Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto. El evaluador tendrá un período de dos semanas para comunicar su dictamen al Comité Editorial. El nombre del evaluador será reservado.

Los posibles dictámenes son:

1. Se aprueba la publicación del artículo.
2. Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
3. Se rechaza la publicación del artículo.

Si el dictamen del revisor observa algunas correcciones, el autor tendrá un plazo de quince días para realizarlas.

El que un artículo sometido a evaluación sea aprobado, no implica su inmediata publicación. La decisión final para la publicación de un artículo corresponde al Consejo Editorial de la Revista.

Una vez que se decida respecto del dictamen de publicación o rechazo del artículo, el autor recibirá notificación directa y por escrito informándole de la decisión final.

#### IV. Normas editoriales

##### A) Respecto al autor

- Deberá incluirse una corta biografía del autor, de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Adjuntar el currículum académico detallado, no olvidando la inclusión del correo postal, correo electrónico, dirección, teléfono y fax.
- Será responsabilidad del autor adjuntar todos los datos en su reseña personal.

##### B) Respecto al artículo

- Todo artículo propuesto para ser publicado en *Iuris Tantum* – Revista Boliviana de Derecho debe ser original e inédito.
- Los artículos deben escribirse en idioma español.
- Debe especificar el conflicto de interés o, cuál la importancia de escribir sobre el tema elegido.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.

- Cada artículo debe tener una traducción al inglés del resumen.
- Las palabras claves de los artículos deben ser extraídas utilizando un Tesauro Normalizado. Éstas deben incluirse en español e inglés.

## V. Formato de Texto

- El artículo debe contener un máximo de 30 páginas:
- Papel blanco, tamaño carta o A4
- Utilizar una sola cara del papel
- Tipo de letra: Times New Roman
- Tamaño de letra: 12 puntos
- Tinta negra
- Interlineado doble espacio
- Alineación todo a la izquierda, excepto citas mayores a las 40 palabras.
- Sangría al inicio de cada párrafo, se deben dejar cinco espacios.
- Cuatro niveles de títulos:
  1. Uno principal escrito en negrillas, mayúsculas, y centrado (14 pts)
  2. Uno secundario escrito en negrillas Tipo oración (12 pts)
  3. Uno terciario en negrillas Tipo oración
- Incisos: A) o Números: 1°

## VI. Notas a pie de página

- Se utilizarán excepcionalmente y sólo para contener texto adicional y nunca referencias bibliográficas, aunque podrán hacer referencia a la bibliografía.
- Deben ir numeradas correlativamente con números arábigos.

## VII. Citas

Serán utilizadas para textos que apoyan una afirmación o aclaran una hipótesis de trabajo. Si son breves deben incluirse en el texto, cuidando de ponerlas entrecomilladas o con una letra de tipo diferente para distinguir el texto citado, del resto del texto. Cuando la longitud del texto citado exceda de dos líneas, deberá llevarse a una nota a pie de página.

## VIII. Referencias bibliográficas

Todas las citas se ajustarán a las normas de publicación de trabajos de la American Psychological Association (APA) en su "Publication Manual" (Washington, 1994).

Las referencias bibliográficas se escriben al final del artículo, todo en minúsculas salvo la primera letra, en una hoja aparte y en estricto orden alfabético.

El manual APA distingue y clasifica las referencias de acuerdo al tipo de material:

- **Libros.-** Autor (apellido -sólo la primera letra en mayúscula-, coma, inicial de nombre y punto; en caso de varios autores, se separan con coma y antes del último con una "y"), año (entre paréntesis) y punto, título completo (en letra cursiva) y punto; ciudad y dos puntos, editorial. Ejemplos:  
Apellido, I., Apellido, I. y Apellido, I. (1995). Título del Libro. Ciudad: Editorial.  
Tyrer, P. (1989). Classification of Neurosis. London: Wiley.
- **Capítulos de libros colectivos o actas.-** Autores y año (en la forma indicada anteriormente); título del capítulo, punto; "En"; nombre de los autores del libro (inicial, punto, apellido); "(Eds.);", o "(Dirs.);", o "(Comps.);"; título del libro en cursiva; páginas que ocupa el capítulo, entre paréntesis, punto; ciudad, dos puntos, editorial. Ejemplos: Autores (año). Título del Capítulo. En I. Apellido, I. Apellido y I. Apellido (Eds.), Título del Libro (págs. 125-157). Ciudad: Editorial.  
Singer, M. (1994). Discourse inference processes. En M. Gernsbacher (Ed.), Handbook of Psycholinguistics (pp. 459-516). New York: Academic Press.
- **Artículos de revista.-** Autores y año (como en todos los casos); título del artículo, punto; nombre de la revista completo y en cursiva, coma; volumen en cursiva; número entre paréntesis y pegado al volumen (no hay blanco entre volumen y número); coma, página inicial, guión, página final, punto. Ejemplos:  
Autores (año). Título del Artículo. Nombre de la Revista, 8(3), 215-232.  
Gutiérrez Calvo, M. y Eysenck, M.W. (1995). Sesgo interpretativo en la ansiedad de evaluación. Ansiedad y Estrés, 1(1), 5-20.
- **Material consultado en Internet.-** Debe respetar el siguiente orden:  
Autores.- Los documentos de la World Wide Web que indican que son "mantenidos", generalmente se refieren al autor con el apelativo de Maintainer (Maint), aunque también puede usarse más genéricamente Editor (De).  
Fecha de visita al documento (año, mes, día).  
Título que puede ser tomado de la barra superior del navegador.  
Tipos de documento.- Indicar si son html, consultas en bases de datos, imágenes en formato .gif, .jpg u otro, archivos de sonido o de video, archivos FTP, etc.  
Información acerca de la publicación, la que comienza con <http://www...>

## IX. Otras secciones de la Revista.

- **Comentarios normativos.-** Extensión no superior a 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo que debe ser transcrito por el autor del comentario.

- **Comentarios jurisprudenciales.**- Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo que debe ser transcrito por el autor del comentario.
- **Reseñas bibliográficas.**- Extensión máxima 3 páginas y el texto debe ir acompañado de la portada del libro en digital, ISBN y la editorial que lo publica.
- **La espada de Damocles.**- Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo la fotocopia o el escáner de la resolución judicial o administrativa criticada. La Revista Boliviana de Derecho, otorgará el derecho a réplica.

