

IVRIS TANTVM
Revista
Boliviana de
Derecho

1.- ALCANCES Y LÍMITES DEL AMPARO CONSTITUCIONAL Especial referencia a la tutela de los derechos sociales Willan Ruperto Durán Ribera	1
2.- CLASIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN PROCESOS TUTELARES Dora Montenegro Caballero	17
3.- LA JUSTICIA EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA: Aproximación al derecho a la presunción de inocencia a través de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Carolina Sanchís Crespo	39
4.- EL TRATADO BOLIVIANO - CHILENO DE 20 DE OCTUBRE DE 1904. CONSIDERACIONES JURÍDICAS Marcelo Ostria Trigo	57
5.- EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA DE FUENTES: PROPUESTA DE ARTÍCULOS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE BOLIVIA Horacio Andaluz	71
6.- LAS NUEVAS TENDENCIAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL ¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA PARA BOLIVIA? Arturo Yañez Cortes	103
7.- LA ATRIBUCIÓN POR EL TRIBUNAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA Raquel Castillejo Manzanares	121
8.- OBRAS DE INFRAESTRUCTURA BAJO FINANCIACIÓN PRIVADA: LA EXPERIENCIA EUROPEA DEL PROYECTO EUROTÚNEL FRENTE AL PROYECTO ARGENTINO - BOLIVIANO Isabel Reig Fabado	133
9.- SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO COACTIVO CIVIL Líder Vásquez Escobar	155
10.- LA TUTELA CAUTELAR EN APOYO DE UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN BOLIVIA Y EN ESPAÑA TRAS LA LEY 1/2000, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, LA LEY 60/2003, DE ARBITRAJE Y LA LAC BOLIVIANA Rosa Lapiedra Alcami	187

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

Director: Orlando Parada Vaca

Consejo Editorial

Carlos Joaquín Barbery Suárez
Ricardo Serrano Herbas
Alex G. Parada Mendía

Iuris Tantum - Revista Boliviana de Derecho
Pasaje Tumusla 77 Telf. 337 5330
revista.bolivianadederecho@gmail.com

Depósito Legal: 4-3-18-06

© Derechos Reservados de los Autores

Impreso y distribuido por Editorial EL PAÍS

Calle: Cronenbold No.6
Telf: (591-3) 334 3996 / 333 4104
Casilla Postal: 2114
edpais@cotas.com.bo
Santa Cruz de la Sierra

Impreso en Bolivia - Printed in Bolivia

“POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA VS. JUDIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA”

Las acusaciones de falta de legitimidad de la Constitución de Oruro y el Referéndum dirimitorio del Gobierno, por un lado; y de los Estatutos y Referéndums Autonómicos de los departamentos de Pando, Beni, Santa Cruz y Tarija, por el otro; nos muestran que la legitimidad de todo el andamiaje político depende del acatamiento a las reglas del juego previamente aprobadas. Esas reglas son las leyes y su incumplimiento permitirá a cualquiera de las partes, recurrir ante los órganos jurisdiccionales para dirimir la controversia.

La legitimidad de las decisiones que tomen los poderes legislativo o ejecutivo y los gobiernos departamentales, podría estar en manos del Poder Judicial, el único de los poderes del Estado que no adquiere su legitimidad por el voto popular, sino por sus actuaciones en el ejercicio de la función jurisdiccional: juzgar y ejecutar lo juzgado. Esta es la otra cara de la medalla: estamos a las puertas de la “*judicialización de la política*”. Las decisiones políticas requieren con urgencia de la legitimidad de sus actos, necesitan de fallos ordinarios o constitucionales que reafirmen como válidas y verdaderas sus interpretaciones de legalidad ordinaria o constitucional.

La coyuntura sociopolítica del país parece colocarnos frente a intransigentes dicotomías: Occidente Vs. Oriente, Cambas Vs. Collas, Originarios Vs. Mestizos, Clases populares Vs. Oligarquía, Politización de la justicia Vs. Judicialización de la política.

Toda nuestra vida republicana hemos estado sometidos a la politización de la justicia, es decir que sea la clase política la que designe o elija a los miembros del Poder Judicial. Esa es la legitimidad a que hace referencia la propia Ley de Organización Judicial en el Art. 1 -2, definiéndola como la facultad de administrar justicia por quienes han sido designados de acuerdo a la CPE y las leyes.

En manos de la clase política se encuentra el Poder Judicial: por mandato de los Arts. 117 -IV, 119 -II y 122 -II CPE es el Congreso Nacional el que designa a los miembros de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Judicatura. La “politización de la justicia” se exacerbó cuando esas designaciones eran el producto de arreglos entre los jefes de partidos políticos con representación parlamentaria. De esa manera los

miembros del Poder Judicial terminaban convirtiéndose en meros delegados del partido que los llevó a desempeñar esas funciones. Esta forma de actuación ha colocado en entredicho la probidad e independencia que debe caracterizar a este poder del Estado.

Mientras los poderes Legislativo y Ejecutivo son elegidos de manera directa por el voto popular y democrático, los miembros del Poder Judicial son designados por el Legislativo y, por tanto, no tienen legitimidad de origen, adquiriéndola a través de sus actos administrativos y sus decisiones jurisdiccionales. Los primeros son controlados por el Consejo de la Judicatura y los segundos son revisados por los órganos jurisdiccionales superiores, llámense jueces de partido, cortes superiores de distrito o Corte Suprema de Justicia; llegándose hasta el Tribunal Constitucional cuando se vulneran derechos fundamentales.

Hoy más que nunca, dada la importancia y magnitud que han adquirido en el terreno político las decisiones y fallos jurisdiccionales ordinarios o constitucionales, es preciso tomar acciones que nos permitan fortalecer la legitimidad que debe ostentar el Poder Judicial y que nos lleven a recuperar la credibilidad y confianza de la ciudadanía, que son pilares en los que asienta su legitimidad.

La legitimidad del Poder Judicial tiene que ver con su **independencia** de frente a los otros dos poderes; la **probidad**, que implica conducta imparcial y recta de los que desempeñan funciones administrativas y jurisdiccionales; y la **responsabilidad** que deben asumir por los daños que pudieren causar a los litigantes por la comisión de delitos, culpas y errores inexcusables en la aplicación de la Ley; valores que se encuentran contemplados en el Art. Art. 1 -1, -9 y -14 de Ley de Organización Judicial y reconocidos por el Art. 116 -VI, -VIII y X CPE.

Contamos en el Poder Judicial, gracias a Dios, con elementos valiosos que nos permiten abrigar la firme esperanza en mejores días para este eslabón de nuestra vida institucional y soporte de las más caras aspiraciones ciudadanas.

El Director

ALCANCES Y LÍMITES DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

Especial referencia a la tutela de los derechos sociales

Willman Ruperto Durán Ribera*

SUMARIO: 1.- Antecedentes del Estado Liberal y del concepto Derechos Humanos. 2.- Estado Liberal y Derechos Humanos. 3.- Estado Social de Derecho y Derechos Humanos. 4.- Estado Socialista y Derechos Humanos. 5.- Ámbito de protección del amparo constitucional. 5.1. Derechos y garantías tutelados mediante el amparo constitucional. 6.- El rol de la Justicia Constitucional. 7.- Conclusiones

1.-Antecedentes del Estado Liberal y del concepto Derechos Humanos.

Los orígenes del Estado moderno están en el Estado absoluto, caracterizado por la concentración de la totalidad del poder en el Rey o Emperador, el cual encontraba legitimidad en la representación divina que ostentaba¹.

La aparición del Estado de Derecho como Estado Liberal de Derecho y sus posteriores transformaciones, entre ellos, el reconocimiento de determinados derechos y garantías, responde a las relaciones globales -condicionadas decisivamente por las relaciones socioeconómicas²- de los grupos integrantes de la sociedad sobre la que este modelo de Estado se proyectó.³

Ello explica por qué los derechos humanos, históricamente, surgen como un límite al poder político, y encuentran sus orígenes más remotos en los privilegios otorgados a gremios, a clases sociales o a la burguesía de las ciudades; privilegios que se plasman en textos jurídicos como la Carta del Rey Alfonso IX otorgada a las

Cortes de León en 1188, o en Inglaterra, en la Carta Magna de Juan sin Tierra, de 1215.

* Es doctorado en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho Penal Español, Parte general, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, pág.44.

² Véase E. Díaz, Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Madrid, Cuadernos para el diálogo, 1973, pág. 170 y ss.

³ LASCURAÍN Sanchez, Juan Antonio, La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo, Editorial Civitas S.A., Madrid, pág. 7.

El paso de esos privilegios, que antes eran de algunos grupos, a la categoría de derechos con un destinatario genérico, tuvo diversas causas, que según un influyente sector de la doctrina, comprenderían las siguientes: **1)** El sistema económico y el protagonismo de la burguesía **2)** El cambio del poder político **3)** El cambio de mentalidad impulsado por el humanismo y la reforma **4)**, La cultura: la secularización, el naturalismo, el racionalismo y el individualismo **5)** La ciencia y **6)** El derecho⁴.

Las condiciones descritas posibilitaron que se llegase a acuerdos sobre los derechos fundamentales; empero, el punto de partida será el disenso sobre la situación de la Monarquía absoluta, pues los planteamientos individualistas de la burguesía no podían ser desarrollados en un marco político cerrado⁵. Así, cuando la burguesía consolidó su fuerza social, necesitó abrir horizontes políticos, por lo que impulsó el disenso, junto con humanistas, funcionarios, científicos, sectas religiosas, etc. Fue una etapa de desconfianza y rechazo del poder absoluto, arbitrario, que actuaba por encima de la ley y, en consecuencia, debía construirse una filosofía que limitase, regulase y racionalizase ese poder, que permitiría el surgimiento del Estado liberal y del derecho positivo de los derechos fundamentales. En estas circunstancias, el Juez Coke, Locke, Montesquieu y Voltaire, elaborarían una teoría coherente sobre el origen, el ejercicio, los límites y los fines del poder.

Para la nueva concepción, el pueblo es el titular de la soberanía, quien la delega al gobernante a través de diferentes modalidades. Esta delegación es reversible, y su continuidad dependerá del cumplimiento de los fines que se le asignan: seguridad y defensa de los derechos naturales, pues son éstos y su protección, la causa del pacto y el límite del ejercicio del poder.

2.- Estado Liberal y Derechos Humanos.

En el siglo XVII, van surgiendo derechos que parten de los viejos privilegios medievales, desde la Carta Magna de 1215 (Inglaterra), hacia adelante. Son derechos que surgen de la preocupación de limitar la prerrogativa regia, respecto al ejercicio del poder, tanto en el sometimiento a la ley como en la separación de poderes. Así se suprimen tribunales reales y se aprueban textos como la “Petition of Rights” (1628), el acta de “Habeas corpus (1679), el “Bill of Rights”, (1689). En Inglaterra se pretendió garantizar el pensamiento y la imprenta, la seguridad personal, las garantías procesales y la participación

⁴ PECES-BARBA, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General, Universidad Carlos III de Madrid, boletín oficial del Estado, Madrid, 1999, pág. 113.

⁵ Ibidem, pág. 139

política. Este último derecho tuvo un lento desarrollo, hasta que se configuró definitivamente en la reforma electoral de 1832, cuando la burguesía empezó a participar políticamente⁶.

Lo anterior confirma lo sostenido por la doctrina, en sentido de que la expresión derechos humanos es un concepto histórico, propio del mundo moderno, toda vez que las “ideas que subyacen en su raíz, la dignidad humana, la libertad o la igualdad, por ejemplo, sólo se empiezan a plantear desde los derechos en un momento determinado de la cultura política y jurídica”⁷, y si bien antes existían ideas de dignidad, libertad y de igualdad, que eran discutidas y analizadas por autores como Platón, Aristóteles o Santo Tomás, esas ideas no lograron unificarse en el concepto de derechos humanos.⁸

Fue la Revolución Francesa, la que simbolizó la ruptura frontal con el Antiguo Régimen absolutista, y el comienzo de los regímenes liberales, instaurándose el Estado de liberal o de Derecho, por el cual se establece, de un lado, la división de poderes frente a la concentración del poder en el monarca absoluto y, de otro, la garantía de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; esto es, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, y también, el principio de igualdad, previsto en el art. 1 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.⁹

Conforme a lo anotado, el Estado liberal apunta al **aspecto negativo de la libertad**, en sentido de que los ciudadanos son libres frente al poder del Estado, garantizándose una esfera de libertad para el individuo, intangible para el Estado, y reconociendo límites en la actividad estatal. Esto implica que el Estado debe abstenerse de intervenir en la libertad del individuo y, no sólo eso, sino que además debe garantizar que la misma será protegida por la ley, como expresión de la voluntad general.

Como consecuencia de lo anotado, los derechos protegidos por el Estado liberal, generan obligaciones negativas para el Estado, “lo que implica que éste no debe ni puede invadir la esfera de la libertad de la persona¹⁰”. Estos derechos responden a la concepción liberal del hombre, y son los derechos a la vida, la propiedad y, fundamentalmente, a la libertad, que se manifestaba en

⁶ Ibidem, pág. 147

⁷ Ibidem, pág. 113.

⁸ Ibidem, pág. 113 y 114.

⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, El sistema constitucional español, Editorial Dykison, 1992, pág. 40.

¹⁰ RIVERA Santivañez, José Antonio, Jurisdicción Constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia. Segunda edición, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba, Bolivia, pág. 380.

múltiples derechos: libertad de conciencia y religión, libertad de oposición, libertad de reunión, de asociación, libertad personal y libertad del trabajo.

De ese modo, lo que en sus orígenes fue concebido como una aspiración de la comunidad, desde su configuración primigenia en el Bill of Rights de 1689 en Inglaterra; en la Declaración de Virginia de 1776, y fundamentalmente, según nuestro entendimiento, en la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, contemporáneamente se constituye en el sustrato básico imprescindible de todo Estado que se adjective de Derecho; de tal manera que ahora, para que un Estado pueda llamarse como “de Derecho”, deben llenarse al menos unos estándares mínimos exigibles; entre los que se encuentra, la subordinación de la legislación a un ordenamiento de valores en que esa sociedad desea y quiere vivir, expresado a través de un consenso básico en su Constitución; consenso que al menos debe abarcar: 1) el reconocimiento de los derechos contenidos en la Declaración de la Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y 2) el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966.¹¹

3.- Estado Social de Derecho y Derechos Humanos.

La principal crítica que se realiza al Estado de Derecho Liberal, radica en la insuficiente materialización de los derechos humanos; en la protección privilegiada de ciertos derechos como la libertad, en desmedro de la igualdad y la propiedad colectiva. Esta concepción de Estado intenta ser sustancialmente transformada con el advenimiento del Estado Social y Democrático de Derecho y el constitucionalismo social; modelo de Estado en el que los derechos de corte liberal son complementados “...con los derechos basados en el valor igualdad, denominados derechos económicos, sociales y culturales o de segunda generación, potenciando estos últimos con el objeto de ofrecer una igualación de oportunidades en la vida nacional y un aseguramiento básico de una vida digna para todas las personas”;¹² lo cual se tiende alcanzar con un Estado activo promotor del bien común y regulador del proceso económico social, con la finalidad de alcanzar un bienestar básico mínimo, que debe proveer el Estado a través de prestaciones positivas, que deben traducirse en salud, educación, vivienda y otras materias¹³, que guardan relación con la idea de desarrollo humano.

¹¹ Cfr. LOSING, Norbert, Estado de Derecho y Debido Proceso Penal, en Anuario de Derecho Constitucional 1998, Ed. Ciedla, pág. 464.

¹² NOGUEIRA, Alcalá Humberto, El Constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, año 1, Ed. Universidad de Talca, Santiago 2003, pág. 135

¹³ Ibidem, pág. 135

Esta nueva concepción de Estado parte de la noción de la dignidad de la persona humana como valor supremo del orden jurídico y la convivencia social; postulado que es positivado por el Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966, bajo la siguiente fórmula: "...la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables".

El ciclo de constitucionalismo social se inició con la Constitución de México de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919, que surgió como consecuencia del compromiso y pacto social entre los sindicatos y las organizaciones patronales, a través de la mediación del Partido socialdemócrata, como alternativa a una situación revolucionaria originada por la derrota de Alemania. En virtud a este pacto, los sindicatos consiguieron una serie de ventajas sociales y reivindicaciones sindicales.

Del Estado de policía que sólo se ocupaba de garantizar el "orden público", que dejaba la economía al juego de las fuerzas del mercado, se llegó al Estado interventor, Estado benefactor, Estado de bienestar (Welfare State) o, desde el ámbito jurídico constitucional, al Estado Social y democrático de derecho; toda vez que las exigencias de carácter socio-económico en los diferentes países, pusieron de manifiesto la insuficiencia de los derechos individuales si la democracia política no se convertía además en democracia social.

Esto determina un cambio en la actividad del Estado, que abandona en forma progresiva su postura abstencionista y recaba como propia una **función social**¹⁴. Y es que como pone de relieve Nogueira Alcalá "El Estado Social Democrático de Derecho o el Constitucionalismo social estructura una imbricación diferente entre principios generales de la organización constitucional del Estado y garantías de los derechos fundamentales"¹⁵, precisando luego que "En el Estado del constitucionalismo social los derechos económicos, sociales y culturales constituyen posiciones subjetivas de las personas que afirman un principio de igual dignidad e igualdad substantiva básica de todos los seres humanos"¹⁶.

De manera general, el Constitucionalismo social hizo presencia en Latinoamérica con renovado contenido; pues, como bien anota el profesor Cifuentes "una de las características más notables, del constitucionalismo

¹⁴ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 199, pág. 82-83

¹⁵ NOGUEIRA, Alcalá Humberto, op. cit., pág. 135.

¹⁶ *Ibidem*

Latinoamericano contemporáneo es su profunda vocación por lo social”¹⁷. Así, en lo que se refiere a nuestro País, (Bolivia), la Convención Nacional de 1938 introdujo en la Constitución institutos propios del constitucionalismo social, los cuales han sido mantenidos con leves modificaciones hasta la reforma a la Constitución de 20 de febrero de 2004, que de manera expresa estableció en el art. 1.II que Bolivia “Es un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la justicia”.

No cabe duda que la norma glosada es una norma programática, en el sentido que constituyen un programa de accionar dirigido, en primera instancia, al legislador, pues es él quien debe fijar las condiciones en que esos servicios y asistencia social deben ser otorgados, en segunda instancia, al órgano ejecutivo para su efectivo cumplimiento, y finalmente al órgano judicial, para que actúe en consecuencia, velando porque las normas tanto constitucionales como legales de contenido social, sean debidamente aplicadas al caso concreto, de conformidad con la norma constitucional y las normas que la concretizan.

Lo señalado determina, a nuestro entender, que al ser Bolivia un Estado Social de Derecho, la obligación del Estado no es la de otorgar a todos los ciudadanos determinadas prestaciones, sino adoptar políticas que favorezcan a la efectiva materialización de los derechos sociales, y, en el marco de esas políticas, crear normas para lograr que esos derechos sean respetados; normas cuyo cumplimiento en tales circunstancias, sí podrán ser exigidas; punto de vista que no es compartido por un importante y autorizado sector de la doctrina que entiende que “...es necesario reconocer una categoría de los derechos esenciales o fundamentales que se encuentran implícitos, los que deben ser asegurados y promovidos por todos los órganos del Estado y cautelados jurisdiccionalmente por los tribunales de justicia, lo que es comúnmente aceptado en el derecho comparado”¹⁸; precisando luego, en coherencia con lo señalado precedentemente, que “Así es posible concluir que el deber de sometimiento de todos los poderes a la constitución y, por tanto, a los derechos fundamentales o esenciales, se deduce no sólo la obligación del Estado y sus órganos de no lesionar la esfera individual o institucional de los

¹⁷ CIFUENTES Muñoz Eduardo, Interpretación de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Estado social de derecho caso colombiano, en Justicia Constitucional y Estado de Derecho, memoria N° 8, Sucre, 2005, pág. 129. Al aspecto positivo puesto de relieve por el profesor Cifuentes, habría que referir, otro de naturaleza negativa, cuando refiere en el párrafo siguiente que “...le ha correspondido a la Corte Constitucional de Colombia avanzar en esta materia, no obstante la resistencia opuesta de otros órganos del poder público al debido cumplimiento de la Constitución Política y en particular a esa dimensión de la Constitución que tiene que ver con los derechos económicos, sociales y culturales”.

¹⁸ NOGUEIRA Alcalá, Humberto, ob. cit., pág. 147.

derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aún cuando no haya una pretensión subjetiva por parte de alguna persona”¹⁹.

7.- Estado Socialista y Derechos Humanos.

En el modelo Estados socialista, los derechos sociales ocupan un lugar primordial, al constituir los principios básicos de la estructura social y presidir el ejercicio de todas las libertades; en consecuencia, obligan a que se materialicen sus enunciados, tanto al gobierno como a los diferentes órganos sociales²⁰.

El pensamiento socialista entiende que los derechos sociales sólo pueden ser plenamente satisfechos en un Estado socialista, ya que “tan sólo el sistema social surgido de la revolución del proletariado se halla en condiciones de hacer efectivos para la mayoría de los ciudadanos, antes oprimidos y explotados, los derechos de carácter económico, cultural y social”.²¹

En consonancia como lo señalado, la Constitución Cubana, en su art. 1° establece que: “Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos como república uniaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar colectivo e individual y la solidaridad humana”.

Asimismo, el inc. b) del art. 9 determina que el “Estado, como poder del pueblo garantiza que no haya hombre o mujer, en condiciones de trabajar, que no tenga oportunidad de obtener un empleo con el cual pueda contribuir a los fines de la sociedad y a la satisfacción de sus propias necesidades;- que no haya persona incapacitada para el trabajo que no tenga medios decorosos de subsistencia; que no haya enfermo que no tenga atención medica; que no haya niño que no tenga escuela, alimentación y vestido; que no haya joven que no tenga oportunidad de estudiar; que no haya persona que no tenga acceso al estudio, la cultura y el deporte...” y, además señala que **trabaja por lograr “...que no haya familia que no tenga una vivienda confortable”**

De lo glosado se extrae que también en el modelo socialista de sociedad, hay derechos constitucionales de naturaleza programática, pues no otra cosa

¹⁹ Ibidem., pág. 147.

²⁰ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, op. cit., pág. 86.

²¹ Kulcsar, cit, por PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, op cit pág. 86.

surge de la expresión en sentido de que “Estado **trabaja por lograr que no haya familia que no tenga vivienda confortable.**”

5.- Ámbito De Protección del amparo constitucional.

5.1. Derechos y garantías tutelados mediante el amparo constitucional

No existe uniformidad de criterio en la legislación comparada, la doctrina, ni en la jurisprudencia, respecto a qué derechos deben ser protegidos por el amparo constitucional; pues mientras algunas Constituciones de manera taxativa establecen (generalmente a través de un catálogo) qué derechos fundamentales son objeto de tutela, otros optan por añadir a éstos los demás derechos constitucionales reconocidos en el texto de su Constitución; para finalmente otros, establecer que son tutelables, los derechos humanos consagrados en la Constitución, las leyes y los Tratados internacionales.

La diversidad de redacciones de la diferentes Constituciones en cuanto a la protección de derechos se refiere, ha movido a la doctrina a agrupar en tres, las diferentes tesis que propugnan la protección de los derechos vía tutela constitucional:

- 1. Tesis amplia:** Que preconiza que el amparo constitucional no sólo protege los derechos constitucionales distintos a la libertad individual, sino también a derechos consagrados en los instrumentos internacionales y leyes; es decir a aquellos derechos que no gozan de rango constitucional, pero que llegan a ser tutelados debido a una interpretación extensiva de una norma constitucional. Esa posición ha sido adoptada por México, que admite la procedencia del llamado “amparo- casación” o “amparo-recurso”, en defensa de la legalidad de las resoluciones judiciales, es decir, de la exacta aplicación de la ley²².

Dentro de este modelo también podría incluirse a la Constitución de la Nación Argentina, reformada el 22 de agosto de 1994, cuyo el art. 43 determina que “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesiones, restrinja, altere o amenace, con

²² ABAD Yupanqui, Samuel, El proceso constitucional de amparo, en Derecho Procesal Constitucional, Jurista Editores, Lima-Perú, 2003, pág.329 y ss.

arbitrariedad o ilegalidad manifiesta **derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...**” .

El alcance de esta previsión constitucional ha sido objeto de amplio debate en la doctrina argentina; en sentido de que si con la nueva redacción, la protección que brinda el amparo no sólo abarcaría a los derechos constitucionales en sentido lato, explícitos o implícitos, sino también a los contenidos en tratados y **en leyes**; centrándose actualmente la discusión en la posibilidad de que aún se protejan los derechos contenidos en leyes no formales (Decretos, reglamentos, etc.).

- 2. Tesis restrictiva:** Se agrupan a aquellas Constituciones que sólo protegen algunos derechos consagrados expresamente por la Constitución, generalmente aquellos derechos denominados de libertad, considerados como de aplicación directa y cuyo contenido esencial no está sujeto a una delimitación normativa secundaria, por ser derechos individuales que constituyen obligaciones negativas para el Estado, excluyéndose del alcance de protección del amparo a los derechos económicos, sociales y culturales, así como a los derechos colectivos o de los pueblos, salvo que estos tengan alguna conexión directa con algún “derecho fundamental”. Este razonamiento se sustenta en que esos derechos generan obligaciones positivas para el Estado, no resultando razonable que a través del amparo se obligue al Estado a asumir determinadas políticas estatales que, en la práctica alterarían el presupuesto general, así como las políticas estatales planificadas para la respectiva gestión económica²³.

Por otra parte, se ha señalado que uno de los problemas de los derechos sociales para adjudicarles el carácter de justiciables, es su falta de concretización.

A nivel jurisprudencial surgieron posiciones como la de la Corte Constitucional italiana, que fue extendiéndose a otros Tribunales, mediante las cuales se hace una distinción entre normas dispositivas (o de eficacia directa) y normas programática (sin eficacia directa y con sólo un compromiso moral de los poderes públicos y la ciudadanía para impulsar su cumplimiento). Así, en Italia la mayoría de los derechos sociales fueron incluidos dentro de esa condición de normas programáticas.

²³ RIVERA, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional*, op. cit., pág. 381 y ss.

Por otra parte, las Constituciones Europeas, fueron introduciendo límites a la protección jurisdiccional de estos derechos²⁴. Esto sucedió con la Constitución española, cuyo art. 53 sólo concede el amparo constitucional en defensa de los derechos contenidos en el art. 14 y la Sección Primera del Capítulo II del Primer Título, relativo a los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 15 a 29²⁵), preceptos que contemplan los derechos civiles y políticos de las personas. En consecuencia, a través del recurso constitucional no se pueden tutelar otros derechos que los expresados en esas normas.

Los derechos incluidos en la sección segunda del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución española²⁶, entre los que se encuentran algunos de los derechos sociales, conforme al art. 53, también vinculan a todos los poderes públicos y su contenido esencial debe ser respetado, empero, a

²⁴ La doctrina alemana restringe la concepción de derechos fundamentales a "la síntesis de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos políticos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho", tratando de esa manera de crear diversas categorías de derechos: aquellos de corte liberal, que tendrían la característica de su fundamentalidad, y, por lo mismo estarían por encima de otros derechos, como los económicos, sociales, culturales; a los cuales se les negaría esa característica, encontrándose en consecuencia, en un plano inferior.

Creemos que esa tesis no toma en cuenta los documentos internacionales sobre derechos humanos que establecen la indivisibilidad, interrelación en interdependencia de todos los derechos; toda vez que, conforme lo Establece la Comisión Interamericana, en el Informe Anual 1993-1994, "Toda distinción que se establezca entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales constituye una formulación categorizante que se aparta de la promoción y garantía de los derechos humanos".

En el mismo sentido, no se debe olvidar que la Declaración Universal de Derechos Humanos, determina en el art. 22 que "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad", y que similar entendimiento se encuentra en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, aprobado en 1966, que determina que "no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria...a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos".

A lo señalado, se debe agregar que cuando se cumplieron veinte años de la aprobación de la Declaración Universal, las Naciones Unidas organizaron una conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, donde surgió la Proclamación de 1968, que señaló que "los derechos humanos son indivisibles, la relación de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible".

En consecuencia, la tesis sostenida hoy en día por los organismos internacionales, es la inexistencia de diferenciación entre derechos civiles y sociales, resaltando más bien su carácter indivisible y de interdependencia.

²⁵ La Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero, se refiere a los siguientes derechos: derecho a la vida y a la integridad física y moral, derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto, derecho a la libertad física y a la seguridad, derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, libertad de expresión, derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, legalidad, a la educación, a la libre sindicación, y a la petición. Derechos que tienen aplicabilidad directa y eficacia inmediata. Respecto del contenido esencial de estos derechos, la existencia de un recurso "preferente y sumario" para su protección en la jurisdicción ordinaria (amparo judicial) y la posibilidad de exigir el amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional, que también es aplicable a la objeción de conciencia.

²⁶ Derecho al matrimonio a la propiedad privada y la herencia, a la fundación, al trabajo, a la negociación colectiva laboral, a la libertad de empresa.

diferencia de los derechos contenidos en la Sección Primera, no son tutelables por el amparo judicial, como tampoco por el amparo constitucional.

Finalmente, respecto a los principios rectores de la Política Social y Económica, contenidos en el Capítulo Tercero del mismo Título²⁷, entre los que también se encuentran los derechos sociales, el art. 53.3) determina que el respeto y la protección de los principios reconocidos en ese capítulo informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y que sólo podrán ser alegados ante jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Conforme a esta norma, estos principios rectores, tampoco pueden ser tutelables por el amparo judicial ni el amparo constitucional.

Las críticas realizadas al Tribunal Constitucional respecto a los derechos sociales, refieren que ha realizado una lectura formalista y restrictiva del texto constitucional, ya que la fundamentalidad de un derechos sólo es establecida por el Tribunal por su ubicación en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución, y el que tenga una reserva de ley orgánica. En este sentido, un sector de la doctrina española considera que si bien desde el punto de vista dogmático la tutela “no puede extenderse a derechos y libertades distintos a los reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, es lícito realizar una interpretación extensiva de tal ámbito, de manera que derechos que caen fuera de él puedan ser protegidos por este proceso de modo indirecto. Así, puesto que el derecho de igualdad del artículo 14 puede darse en conexión con otros, cabe introducir a éstos en dicha protección reforzada a través de aquel. Esto sería posible porque el principio de igualdad se encuentra presente o incide en otros derecho.”²⁸

Sin embargo, como bien precisa Gómez Amigo, ello no introduce ninguna ampliación fuera del marco establecido por los artículos 14 al 29 de la constitución, dado que “la vulneración evidente de un principio del capítulo tercero, puede servir para poner de manifiesto una lesión, en principio no tan aparente aunque efectiva, del principio de igualdad; pero será esta última la única alegable en el proceso de amparo constitucional.”²⁹

²⁷ Protección social, económica y jurídica de la familia, protección integral de los hijos, promoción de condiciones favorables para el progreso social y económico, régimen público de seguridad social, salvaguardia de derechos económicos y sociales, derecho a la salud, cultura, derecho a un medio ambiente sano, conservación y promoción del enriquecimiento histórico cultural y artístico, derecho a la vivienda, participación de la juventud, defensa de los consumidores, etc.

²⁸ GÓMEZ Amigo, Luis, la Sentencia Estimativa de amparo, Ed. Aranzadi, Madrid, 2001, Pág. 56.

²⁹ Ibidem, pág. 57.

La legislación colombiana presenta similar contenido. En efecto, art. 86 constitucional, determina que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

Conforme al precepto aludido, a través de la acción de tutela sólo es posible proteger los derechos constitucionales fundamentales que, desde una interpretación literal de la norma, sólo serían los comprendidos en los artículos 11 al 41, que contempla a los derechos civiles y políticos; esto implica que esta protección reforzada sólo alcanza a los **derechos constitucionales, “no a derechos que solo tengan piso legal y, menos derechos que tienen como fuente un acto administrativo o un contrato.”**³⁰

No obstante lo anotado, la Corte Constitucional, no ha sido unívoca respecto a qué derechos deben ser considerados fundamentales, y más bien ha renunciado al sistema de *numerus clausus* como criterio para determinar el objeto protegido por la tutela, optando por establecer criterios que sirven de pauta para determinar cuándo un derecho es de tal estirpe. Así, en el fallo T-002 de 1992, la Corte de Constitucionalidad señaló que la ubicación de un artículo en el capítulo I del título II de la Constitución es un criterio insuficiente para determinar la fundamentalidad de un derecho, ya que esa posición es accidental y no fue una decisión del constituyente³¹

Bajo la idea de que la fundamentalidad es un concepto jurídico indeterminado que debe ser analizado por el juez en cada caso particular, la Corte de constitucionalidad estableció dos criterios rectores para la determinación sobre cuándo se está frente a un derecho tutelable vía amparo: **1.** que el derecho sea esencial para la persona, y **2.** que el derecho tenga reconocimiento de fundamental por parte del constituyente. Para la Corte, es esencial un derecho si es inalienable o inherente a la persona (Sentencia T-002 de 1992).

Además de lo señalado, la Corte también estableció criterios auxiliares para determinar la fundamentalidad de un derecho, conforme a lo siguiente: 1. que se refiera a un derecho consagrado por pacto internacional aprobado por Colombia (art. 93 CN), 2. Que se trate de un derecho ubicado en el capítulo

³⁰ CORREA HENAO, Nestor Raúl, Derecho procesal de la Acción de Tutela, Fundación Cultural Javeriana, Bogotá, 2001, pág. 63.

³¹ CORREA Henao, Néstor Raúl, op. cit., pág.66

1 del título II de la Constitución 3. Que se refiera a un derecho de aplicación directa (art. 85 CN); y , 4. Que se trate de uno de los derechos que tienen un plus para su modificación, entre ellos, el del referendo (art. 377 CN)³²; **Tesis intermedia:** A través del amparo se tutelan todos los derechos consagrados en la constitución además de aquellos derechos reconocidos en los pactos internacionales.

Este es el criterio seguido por la Constitución de Ecuador, que en el art. 95 establece: “Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función judicial designado por la Ley Medante esta acción, que setramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier **derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente**, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave.”

Similar norma se encuentra en el art. 27 de la Constitución de Venezuela, que señala que “Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos...”

³² Sin embargo, Correa Henao, entiende que los criterios auxiliares en sentido estricto son sólo dos, al expresar que “...como procuro demostrar a continuación, yo estimo que sólo los dos primeros conceptos mencionados son criterios auxiliares. Primero, el último criterio auxiliar se confunde con el segundo. En efecto, la única disposición que tiene un plus para su modificación es el artículo 377 de la Carta, que afirma que deberán someterse a referendo las reformas de “los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II”, de suerte que este concepto se confunde con el segundo de los criterios auxiliares, o sea, el que hace alusión a los artículos 11 a 41 de la Constitución, pues remite expresamente a las mismas disposiciones. Segundo, el tercer criterio auxiliar también se subsume en el segundo. Todo derecho de aplicación inmediata esta ubicado en el capítulo 1 del Título II de la Constitución. Y como el segundo criterio auxiliar es más extenso que el tercero, es lógico prescindir de este último. Si esto es así, los criterios auxiliares para que el juez de tutela decida si un derecho constitucional es tutelable son sólo dos: que el derecho esté en un pacto internacional sobre derechos humanos aprobado por Colombia (art. 93 CN) y que el derecho figure en el capítulo 1 del título II de la Constitución. Destáquese de paso que la ubicación de un derecho en el capítulo I del Título II de la Constitución, o sea entre los artículos 11 y 41, es aquí únicamente un criterio auxiliar, mientras que para la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, éste es el único criterio válido para estimar si un derecho es fundamental, lo cual privilegia una interpretación exegética. Cfr. Correa Henao, Néstor Raúl, ob. Cit. Pág. 68.

6.- El rol de la Justicia Constitucional.

Con Aguiar de Luque, podríamos definir a la Justicia Constitucional como “aquel conjunto de instrumentos de carácter jurisdiccional que tienen por objeto hacer realidad en la vida jurídica de un país la operatividad normativa de la Constitución, esto es, dotar a dicho texto de virtualidad en cuanto norma jurídica a la que de este modo han de adecuar su actuación los poderes públicos”³³; concepto al cual, me parece necesario, agregar algunos comentarios adicionales que el mismo profesor Aguiar hace a propósito del concepto propuesto, que se expresan del siguiente modo:

1. “...la Justicia Constitucional es **una función de carácter jurídico**, sometida a parámetros jurídicos (solo en la medida en que la Constitución sea norma jurídica tiene sentido hablar de Justicia Constitucional) y guiada en su modo de actuar por la lógica y el método jurídico y no por criterios de oportunidad política, pese a que con frecuencia los efectos de sus decisiones hayan de trascender del caso concreto y estén dotadas de efectos generales.”
2. “...en todo caso se compecece mal con la idea misma de Justicia Constitucional una interpretación que trascienda de los propios enunciados constitucionales su pretexto de la realización de unos valores metaconstitucionales.”

Consecuentemente, el rol que de manera más o menos uniforme, otorgan las constituciones del sistema adscritas al sistema de justicia constitucional, es la de resolver las distintas problemáticas jurídicas que se presentan a consecuencia de sus tres principales ámbitos de acción que se otorga: el control normativo de constitucionalidad, los conflictos de competencia entre poderes y la protección de los derechos fundamentales.

7.- Conclusiones.

Atento a las premisas expuestas y el razonamiento que precede, que no es aislado sino que al contrario goza buena resonancia doctrinal³⁴ y en los mismos órganos jurisdiccionales, nuestra toma de posición debe merecer una detenida

³³ AGUIAR de Luque Luis, Alcances y límites de la Justicia Constitucional, en Jornadas de Justicia Constitucional, San José, 1982, Pág. 70.

³⁴ En la misma dirección se expresa Miguel Ángel Montañés Pardo. Cfr: MONTAÑEZ Pardo, Miguel ángel, Hábeas Corpus y Amparo Constitucional. Derechos que Protegen, en Memorial del II Seminario Taller Nacional sobre Derechos y garantías constitucionales, Sucre, 2003., págs. 114 y ss.

y madura reflexión, no sólo en lo que hace a la tutela de los derechos sociales, sino en las demás parcelas de los derechos, cuya protección se le encomienda, generalmente, a la Justicia Constitucional. Conforme a esto, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

Primera: el carácter extensivo que se le puede dar a la Justicia Constitucional, sobre todo en el campo de los derechos sociales, tiene un justificativo político y social inexpugnable; sin embargo, la experiencia muestra que los usuarios del sistema, atraídos por el incremento de las expectativas que los ciudadanos se hacen respecto a lo que puede hacer la Justicia Constitucional en respuesta a sus reivindicaciones sociales³⁵, provoca un incremento procesal a cada órgano, por el excesivo número de causas que ingresan; situación que es fácilmente comprobable.

En efecto, el año 1980 ingresaron al Tribunal Constitucional español **218 recursos de amparo**. En **1985** esos 218 iniciales se incrementan a 969; cinco años más tarde, esto es, el **1990, la cifra alcanzó a 2.893**. Los datos estadísticos anotados deben ser analizados en la realidad española, caracterizada por tener, de un lado, un filtro importante en la **judicatura ordinaria**³⁶ y de otro, una posición bastante mesurada en relación a los tribunales latinoamericanos. De cualquier manera, la mora que acusa el Tribunal Constitucional español está cerca de los dos años.

En mi País (Bolivia) ha ocurrido lo propio, el período 1999-2000, ingresaron 480 amparos, para luego, en el periodo comprendido entre el 2003 y 2004, incrementarse este número a 1503; encontrándose actualmente el Tribunal en una mora judicial de al menos cinco meses.

Segunda: La mora judicial atenta contra el carácter sumarísimo del amparo y la protección inmediata de los derechos fundamentales, que tiene ese recurso como cometido.

Tercera: Cuando se brinda una protección extensiva a cualquier derecho constitucional, que por su estructura no es de aplicación directa, se está incrementando la protección a derechos no tutelables, lo que inevitablemente incide en el flujo procesal, determinando que la protección inmediata no alcance ni a aquellos derechos que están debidamente definidos por la norma constitucional como tutelables, ni a aquellos derechos que protegemos por extensión.

³⁵ AGUIAR de Luque, Luis, ob. cit. Pág. 83.

³⁶ Ibidem, pág. 84

Cuarta: Al brindar una protección extensiva, surgen tensiones con el parlamento, dado que si bien la protección que se brinda es de naturaleza jurídica, tiene un amplio contenido político, dado que esa decisión extensiva debe ser adoptada por el legislador, que tiene la facultad de concretizar los ámbitos de aplicación de los derechos, en especial, los sociales.

Quinta: La protección que la Justicia Constitucional otorga a los derechos fundamentales, debe guardar consonancia directa con la estructura normativa del precepto constitucional vulnerado o con la norma de desarrollo que concretiza tal precepto.

Sexta: Como lo hemos podido apreciar en nuestra parte introductoria, en nuestros países fluye una vocación proclive a la justicia material en materia social por vía extensiva; pero debemos sopesar todas las consecuencias que esa decisión conlleva, atentos a las reflexiones anotadas, que no son recetas acabadas sino simples apuntes para la reflexión y el análisis detenido.

Gracias

LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN LOS PROCESOS TUTELARES BOLIVIANOS

Dora Montenegro Caballero

SUMARIO: 1.- Breve Introducción. 2.- La Sentencia Constitucional. 2.1. Estructura general. 2.2. Estructura de la parte motiva. 2.3. Suma de la problemática. 2.4. Sustento fundamental. 2.5. Sustento legal. 2.6. Sustento doctrinal. 2.7. Sustento jurisprudencial. 2.8. Ratio decidendi. 2.9. Obiter dicta y obiter dictum. 3. Tipos de Sentencias. 3.1. Sentencias básicas. 3.2. Sentencias fundadoras. 3.3. Sentencias moduladoras. 3.4. Sentencia reiteradora o confirmadora. 3.5. Sentencia unificadora. 3.6. Sentencia rectora. 3.7. Sentencia única o aislada. 4.- Bibliografía.

1.- Breve Introducción

La sentencia dentro del mundo jurídico procesal se constituye no sólo en la muestra objetiva de la conclusión de un proceso, sino que se constituye en la verdad verdadera, indiscutible e inmodificable luego de su ejecutoria, de ahí su innegable importancia en el campo del Derecho. No existe veredicto si no hay sentencia, ésta constituye lo justo para las partes, lo resuelto conforme a ley, define en consecuencia quien tiene la razón y quien no. Desde un punto subjetivo, la sentencia es producto del criterio del juzgador, es el resultado del análisis de los elementos probatorios ofrecidos y producidos en un determinado tiempo dentro de un proceso, lo que significa que si bien la sentencia puede tener una alta dosis subjetiva, su valor emerge de la realidad material, es decir de la aprehensión objetiva por parte del Juez de todo lo demandado, lo demostrado y lo establecido por las normas jurídicas sustantivas como adjetivas.

Para Montero Aroca, Barona Vilar y otros, la sentencia dentro de un marco jurisdiccional es la resolución que teóricamente debería formalizar el pronunciamiento sobre el objeto del proceso. Sin embargo, en ocasiones, no sucede así –señalan-, puesto que se pueden distinguir entre sentencias materiales o de fondo y sentencias meramente formales procesales o de absolución en la instancia. Las primeras –acotan- son aquellas que resuelven el fondo del asunto, estimando o desestimando la pretensión ejercitada. Por su parte, las sentencias procesales o de absolución en la instancia se dictan cuando el juzgador no entra a resolver sobre la pretensión formulada, al faltar algún presupuesto procesal o haberse incumplido algún requisito no subsanable; el

juzgador, sin condenar o resolver, se limita a declarar la falta de presupuesto o declarar la nulidad de lo actuado desde que se incumplió el requisito¹.

En el presente trabajo haremos una clasificación originada en sentencias emergentes de los procesos tutelares de *habeas corpus*, amparo constitucional y *habeas data*. La aclaración parece un tanto insulsa pero preferimos asumir las críticas y recordar que existen otros tipos de clasificación en los mismos procesos que tienen su cimiento en la naturaleza de la parte resolutive, pudiendo ser denominadas estimatorias o desestimatorias (España), de sobreseimiento o concesión (México), de concesión y denegatoria (Bolivia). De igual forma existen otras clasificaciones que son propias de los recursos de control normativo, así tenemos las sentencias aditivas, exhortativas, sustitutivas y otras.

2.- La Sentencia Constitucional

Para el mismo maestro Montero Aroca, en materia constitucional la sentencia es el acto procesal del tribunal en el que se decide sobre la estimación o desestimación (total o parcial) de la pretensión ejercitada por el actor, con base en su conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico, en este caso, con el constitucional. Se trata, pues, -a decir del mismo autor- de la clase de resolución judicial que se prevé para decidir sobre el fondo del asunto. Si las resoluciones interlocutorias (providencias y autos) sirven para la ordenación formal y material del proceso, la sentencia atiende al fondo del asunto, es decir, por medio de ella se decide sobre la estimación o desestimación de la pretensión.

La sentencia en su concepto además, es el resultado de, por un lado, una operación intelectual y, por otro, un acto de voluntad, y ello hasta el extremo de que sin una y otro carecería de sentido. Si la potestad jurisdiccional emana de la soberanía popular y la constitucional se confía al Tribunal Constitucional, dicho está que sus decisiones comportan siempre el ejercicio de un poder constituido, poder que sólo puede ejercerse dentro del ámbito delimitado por las partes².

A diferencia de la sentencia clásica o dictada en la jurisdicción ordinaria, la sentencia constitucional si bien al principio fue igual o similar a aquélla

¹ MONTERO AROCA, JUAN, BARONA VILAR SILVIA Y OTROS, *Derecho Jurisdiccional I – Parte General*, 9na. Edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 414-415.

² MONTERO AROCA, JUAN y FLORS MATIES, JOSE, *Amparo Constitucional y proceso civil*, Tirant lo blanc, Valencia, 2005, p. 486-487.

en la mayoría de las jurisdicciones, luego fue cambiando de estructura, así también lo reconoce PEREZ TREMPs cuando al referirse al Amparo en la jurisdicción constitucional española indica que la sentencia del Tribunal es similar a la de los tribunales ordinarios, aunque desde el inicio de sus trabajos, el Tribunal introdujo algunas novedades respecto a la forma de las tradicionales decisiones judiciales en España. La novedad formal que supuso la aparición de las sentencias del Tribunal Constitucional fue el suplir la vieja fórmula de los “resultandos” y “considerandos” por Antecedentes y Fundamentos Jurídicos, respectivamente, lo que repercutió también en un lenguaje más claro al evitar las consecuencias que comporta el inicio de la exposición mediante gerundios³.

La importancia del fallo constitucional radica en que los razonamientos que se aplican en éste tienen sus efectos generales para los poderes públicos, por ello su importancia también deviene de otra característica especial, la jurisdicción constitucional antes de emitir una sentencia debe hacerlo observando el contexto jurídico, político, social y económico (partiendo de la aplicación integrada de todos los criterios de interpretación admitido por el Derecho). A partir de la realidad de estos escenarios, la jurisdicción constitucional debe emitir su decisión, de aquí entonces parte su importancia y singularidad.

La sentencia constitucional en materia de derechos fundamentales es básica para profundizar, remontar y garantizar el Estado social y democrático de Derecho. La explicación de esta categórica afirmación tiene su sustento en una realidad muy simple, cuando se garantizan y restituyen los derechos fundamentales de la persona frente al poder omnímodo del Estado, se provoca y se promueve la justicia y la paz social, se configura el equilibrio deseado entre el administrador y el administrado, en particular al más desprovisto económica y socialmente. Decía alguien en un foro académico, la justicia constitucional es para los pobres, principalmente en materia de derechos fundamentales.

El administrador por naturaleza se excede en sus facultades y permanentemente agravia, somete o menoscaba los derechos del administrado, es aquí dónde el juzgador constitucional despliega su eficacia y a través de un veredicto reivindica al ciudadano común en sus derechos, de ahí la importancia que juega la sentencia constitucional en materia de derechos fundamentales, pues éstos son el soporte esencial para el desarrollo de una vida digna.

³ PEREZ TREMPs, PABLO, *El recurso de Amparo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 292.

2.1. Estructura general

La Ley del Tribunal Constitucional en su artículo 48 impone la estructura de una resolución constitucional y en principio señala que ésta tendrá que resolver “cada una de las cuestiones planteadas”, este mandato no permite al Tribunal resolver parte de los actos o hechos denunciados, sino al contrario debe resolverlos todos por separado. No obstante, en los primeros años de ejercicio jurisdiccional el Tribunal omitió este mandato ya que al encontrar una de las cuestiones que daba lugar a la improcedencia hacía abstracción de las demás, lo que no hubiera sido reprochable si sólo hubiera implicado una salida fácil provocada por la comodidad; sin embargo ésta fórmula se constituía en un medio de negar el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva⁴, dado que no todas las lesiones denunciadas daban lugar a la improcedencia, lo cual es fácil de comprobar analizando los fallos emitidos los últimos años por el Tribunal Constitucional en procesos tutelares, en los que se puede leer y advertir que en los últimos años se ha otorgado tutela respecto a uno o varios de los actos demandados como lesivos, pero no respecto a todos, siendo ésta la forma adecuada y ajustada al precepto aludido.

En la práctica española, según PEREZ TREMPS como regla general, la sentencia de amparo, de acuerdo con un principio general de congruencia procesal, debe dar respuesta a todas aquellas cuestiones planteadas en el proceso, sean las suscitadas por la demanda, sean las suscitadas por otras partes personadas, sean las planteadas por el propio Tribunal Constitucional de oficio. Ahora bien, la dependencia lógica o la dependencia procesal que pueda existir entre esas cuestiones, excepcionalmente, hace que el Tribunal no resuelva todas las pretensiones de la demanda⁵.

La Ley del Tribunal Constitucional Boliviano (1836) requiere básicamente los siguientes requisitos en una sentencia: a) El encabezamiento con los nombres de las partes; b) La parte considerativa, en la que se consignarán en forma clara y concisa las pretensiones de las partes y coadyuvantes; c) si fuere un proceso tutelar, deberá hacerse un extracto de la sentencia, las pretensiones de las partes si las hubiere y deberá hacerse constar si se observaron las prescripciones legales en el procedimiento, d) Conclusiones en las que constarán una declaración concreta del hecho o hechos que el Tribunal tiene como demostrados, citando el medio de prueba que le sirva

⁴ Aclaremos que en cuanto a estos dos derechos la jurisprudencia constitucional boliviana en variadas ocasiones los ha tratado como si fueran distintos y en otras como si fueran lo mismo.

⁵ PEREZ TREMPS, PABLO, p. 292.

para tal acreditación, así como los no demostrados, que tengan influencia en lo resuelto, señalándose en ambos casos el razonamiento que se hizo sobre el medio probatorio aportado, para tener o no como acreditado el hecho; e) Análisis de las cuestiones de derecho, con influencia en lo planteado; f) La parte resolutive en la que se pronunciará el fallo sobre el fondo del recurso o demanda, en la forma prevista para cada caso, su dimensionamiento en el tiempo y los efectos sobre lo resuelto; g) la condenatoria en costas y multa si procediere; y h) las comunicaciones pertinentes para su ejecutoria.

Todos los citados requisitos forman parte de la estructura material de la resolución constitucional en su conjunto, que a su vez se resumen básicamente en cuatro partes, el encabezamiento, la parte considerativa, la motiva y la resolutive. Estos requisitos al inicio del control concentrado en Bolivia, eran mínimamente cumplidos en las clásicas resoluciones emuladas de la jurisdicción ordinaria (que incluían el Vistos y los tradicionales considerandos), situación que hemos manifestado también se presentaba en la jurisdicción constitucional española.

2.2. Estructura de la parte motiva

Es el requisito de contenido de mayor relevancia en la estructura de una sentencia constitucional, el cual se encuentra prescrito en el numeral 3 inciso b) del artículo 48 que dice: “Análisis de las cuestiones de derecho, con influencia en lo planteado.” La parte motiva o análisis de las cuestiones de derecho, cobra importancia porque es la parte de donde nace la fuerza vinculante de la sentencia constitucional, es decir allí se plasma el artículo 44 de la Ley del Tribunal Constitucional, convirtiéndose en razón a esta disposición obligatoria la sentencia, para casos que presentan circunstancias análogas.

La parte motiva en su conjunto no es vinculante ya que está compuesta a su vez por otros segmentos o apartados, la cual es importante destacar no es exigida a partir de una estructura preestablecida por ley, es por ello que no todas coinciden en una misma composición o configuración, sino que difieren dependiendo incluso del estilo de cada Magistrado. Como sea, según requiera el lector, todas tienen una composición más didáctica que hace más sencilla su lectura y su desintegración por tópicos o temas, ya que cada uno de ellos por lo general llevan titulación, de ahí que su ubicación resulta mucho más sencilla que antes de la actual configuración motiva.

2.3. Suma de la problemática

La suma de la problemática se introdujo a partir de la nueva estructura de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional; y básicamente consiste en hacer un resumen lo más sintético que se pueda de la parte relativa de la demanda, es decir de la o las pretensiones del recurrente.

Dependiendo del tipo de recurso en la suma por ejemplo se desglosarán los actos ilegales u omisiones indebidas que se demandaren de lesivos a derechos fundamentales (procesos tutelares), se dirá qué norma se impugna de inconstitucional y que normas de la Constitución vulneran (casos de recursos de inconstitucionalidad); como también podrá referirse el motivo de la usurpación o falta de competencia desarrollándose en forma concisa pero clara, señalando cuáles son los actos constitutivos de aquello (recurso directo de nulidad).

A partir de esa suma, el desarrollo de la parte motiva se torna más sencillo y fácil para los destinatarios directos de la misma como para el resto de las personas, que en algún momento pretendan hacer un estudio del tema resuelto o simplemente utilizarlo como precedente.

2.4. Sustento fundamental

Hemos utilizado el término fundamental en defecto del constitucional porque entendemos que todo el fundamento de una sentencia es constitucional, por tanto para categorizar a la Constitución, optamos por decantarnos por el término fundamental debido a que todo en ella y que de ella se origina es fundamental y a la vez constitucional, en cambio lo dispuesto en un cuerpo normativo inferior no es fundamental pero es legal y también constitucional.

Partiendo de esa aclaración, luego de la suma de la sentencia que no está consignada con ninguna numeración, le sucede la parte fundamental que consiste en la referencia e interpretación de las normas de la Constitución, con lo cual ya ingresamos al cuerpo mismo de la fundamentación, de ahí que se justifica la numeración para la identificación que no dirá parte fundamental sino de qué tratará el análisis con relación a las normas de la Constitución.

El sustento fundamental puede constituirse en único excepcionalmente en algunas problemáticas, debido a la ausencia de una norma legal vinculada a la lesión denunciada o porque la existente sea considerada irrelevante para otorgar o negar la tutela. En opinión nuestra, al tratarse de un control

constitucional, el juzgador no está obligado a utilizar en toda problemática que le corresponda, resolver normas *infra* constitucionales, le será suficiente remitirse a la Constitución, siempre que el conflicto se lo permita.

2.5. Sustento legal

Esta parte de la sentencia conforme apuntamos, se refiere a la cita e interpretación de las normas legales vinculadas al caso. En este orden desde una vertiente general, se van dando pautas al lector de cómo se resolverá la problemática finalmente. El sustento legal, pareciera ser insustituible dentro de una resolución constitucional; sin embargo existen excepciones en las que se puede prescindir del fundamento legal por no haber ninguna norma legal que esté vinculada al caso, como referimos en el punto anterior.

El sustento legal lleva intrínseco la aplicación de todos los criterios o sistemas de interpretación admitidos por las leyes y la doctrina, la cual debe partir desde la Constitución, sólo así se podrá responder a todas las expectativas del justiciable aún cuando el fallo le sea desfavorable.

2.6. Sustento doctrinal

La motivación doctrinal adquiere importancia sobre todo para sacar a relucir como la doctrina mayoritaria ha tratado conceptos o temas afines al que deba ser resuelto. En ese orden, la doctrina puede llenar algunos vacíos en la legislación o por lo menos disipar dudas emergentes de la ambigüedad que ésta pueda tener, dando pautas del alcance de ciertos principios y valores que deben considerarse, lo que finalmente ayudará en la interpretación de las normas confusas.

La composición de la parte doctrinal de una sentencia constitucional puede ser extractada de la doctrina interna como externa. De igual forma, puede únicamente referirse la doctrina mayoritaria, o en otros casos más complejos y cuando existe argumentación jurídica de las partes en sentido contrario, el Tribunal podrá hacer una reseña de las posiciones doctrinarias y concluir a qué doctrina se acoge para resolver, como a partir de ellas también generar la propia. Con todo, la doctrina se constituye en un material importante para fundamentar una sentencia constitucional.

2.7. Sustento jurisprudencial

El sustento jurisprudencial cobra relevancia esencial, dado que a partir de la jurisprudencia puede resolverse la problemática presentada en términos analógicos con otras anteriores sin mayores elementos de juicio. Cuando el juzgador constitucional advierte esta situación colocará la parte pertinente de la sentencia de referencia al inicio de la sentencia que se emitirá. Luego, sin exponer otras consideraciones de hecho o de derecho, la aplicará a la problemática planteada y resolverá conforme a la jurisprudencia glosada, con lo cual, al parecer la jurisprudencia se convierte en la base única y exclusiva de la decisión; sin embargo esta visión es ficticia, debido a que la jurisprudencia que se aplica lleva implícita la sustentación fundamental, legal y doctrinal (si la hubo) que dio lugar a la misma, de manera que si el justiciable quiere conocer el origen de la jurisprudencia aplicable a su caso, puede acudir a la sentencia citada.

Si bien la emisión de este tipo de sentencias es habitual (confirmadoras o reiteradoras), también hay gran parte de sentencias que guardan la estructura tradicional que se detalla y desarrolla en este trabajo, es decir que aún existiendo jurisprudencia para limitarse a extraerla o recopilarla en lo pertinente, se resuelve el caso de la misma forma pero sin hacer referencia expresa a las sentencias que ya lo resolvieron.

El desplazamiento de la jurisprudencia emitida en una sentencia a una nueva sentencia, no es arbitrario y está sustentado legalmente por el art. 44 de la Ley del Tribunal Constitucional. De igual forma, por lo expuesto por el propio Tribunal en diversos fallos en sentido de estar vinculado en primer lugar a sus precedentes.

Es importante igualmente destacar que en las sentencias Tribunal Constitucional boliviano es frecuente que se utilice jurisprudencia emanada de organismos internacionales así como también jurisprudencia de otros Tribunales que tienen la función de contralores de la constitucionalidad, es decir que se puede a mayor abundamiento citar jurisprudencia comparada; sin embargo ésta no es la determinante para decidir.

2.8. Ratio decidendi

En la *ratio decidendi* (razón de ser del fallo), el juzgador hace un razonamiento general en principio ajustable a cualquier problemática con supuestos análogos a la que da lugar a ese razonamiento, luego pasa al

razonamiento casuístico ajustándolo a las normas legales que lo amparan o en su caso expone porqué el caso en estudio no puede ser acogido por las normas en las que se resguarda el recurrente. Esta forma de razonar, hace plausible invocar la jurisprudencia a *contrario sensu* en otras problemáticas con supuestos contrarios, pretensión que ha sido admitida por el Tribunal Constitucional en varias problemáticas.

Como comenta LOPEZ MEDINA, a decir de la Corte Colombiana la *ratio decidendi* “Es la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica.”⁶, pues “Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades.”⁷ Con este razonamiento la citada corporación jurisdiccional otorga a la *ratio decidendi* la calidad de cosa juzgada implícita.

Un ejemplo claro de lo que es *ratio decidendi* en términos generales es el contenido en la SC 742/2007-R que citando una variedad de sentencias extracta lo siguiente: “*En ese orden, en cuanto a la ejecución del mandamiento de apremio para hacer cumplir una obligación emergente de un proceso laboral seguido contra una persona jurídica, la SC 1341/2005-R de 25 de octubre, recogiendo la jurisprudencia contenida en la SC 0377/1999-R de 1 de diciembre, reiterada en las SSCC 0736/2002-R, 0235/2003-R, 0970/2003-R y 1766/2004-R señaló claramente que: ‘(...) el mandamiento de apremio como medida compulsiva emergente de un proceso laboral seguido contra una persona jurídica, debe ser emitido contra el representante o representantes legales que asumieron defensa por esa persona, salvo que en ejecución de sentencia se presente otro personero legal cuya personería sea aceptada o admitida por el Juez de la causa, pues ante esa nueva representación es lógico suponer que el Juez deberá dejar sin efecto el mandamiento emitido en contra del anterior representante legal y deberá emitir un nuevo contra el actual. A contrario sensu, cuando no sea aceptada la personería de la persona que se presente alegando ser el nuevo representante legal, es lógico que el mandamiento de apremio emitido o por emitirse deberá ser ejecutado*”

⁶ LOPEZ, MEDINA, DIEGO EDUARDO, *El Derecho de los Jueces*, Legis Editores S.A., Bogotá, 2002, 105.

⁷ *Ibidem*, p. 106.

contra los representantes que asumieron defensa por la persona jurídica demandada’”.

La *ratio decidendi* de una sentencia generalmente está ubicada al finalizar la parte motiva, y está compuesta también por el razonamiento que asume el juzgador constitucional haciendo la subsunción del caso en concreto a todo el sustento que en abstracto se perfiló anteladamente, esto es, al razonamiento general. Esta parte, es la vinculante para las partes en contienda y también para los poderes públicos, de ahí para adelante cuando se presente un caso con supuestos análogos en teoría, aunque diferente en circunstancias, la jurisdicción constitucional tiene el deber de aplicar el mismo entendimiento, salvo que por razones sociales, históricas o económicas decida cambiar de criterio, en cuyo caso la fundamentación amplia y suficiente se torna obligatoria, así lo exige la misma esencia del control constitucional concentrado, que está basado en el imperio de la Ley Fundamental que entre otros impone los principios y valores de igualdad y justicia, a quienes tienen la potestad noble y delicada de juzgar, así como también reconoce derechos fundamentales como a la seguridad jurídica, a la igualdad, entre otros.

Resolver de forma diferente en supuestos análogos aunque no idénticos, quebranta dichos principios y vulnera los derechos señalados, de modo que no puede ser el propio Tribunal, quien no explique suficiente y adecuadamente las razones de su cambio, debe hacerlo imperiosamente para resguardar su misma esencia y conservar el Estado Social y Democrático de Derecho.

2.9. *Obiter dicta* y *obiter dictum*

Literalmente indica “dicho gratuitamente”. La *obiter dicta*, son razonamientos de mayor abundamiento pero no determinantes para el fallo, lo que equivale a decir que aún sin ellos, la decisión igualmente tendría la motivación exigida y cumpliría con las condiciones de validez establecidas por ley.

Algunos autores consideran a la *obiter dicta* como adornos del fallo, en otros términos implica un decir “a mayor abundamiento o más de lo dicho”. De alguna forma si bien la *obiter dicta* no es importante ni imprescindible, da mejor forma y mayor cuerpo a una decisión. En palabras de LOPEZ MEDINA, la expresión designa todos aquellos pasajes de las sentencias en los que, por la abundancia argumentativa propia del derecho jurisprudencial, se dicen cosas “de pasada” o incidentalmente sin que constituyan el meollo del asunto jurídico que se está resolviendo. Estos argumentos, son, generalmente, super-

abundantes, eruditos y de mera referencia y no tienen relación directa con al parte dispositiva (*decisum*) de la sentencia. Estos apartes no están cubiertos por el principio de obligatoriedad.⁸ Buscando otros conceptos para marcar la distinción, la Corte denomina a la *dicta* como “cosa juzgada aparente” frente a la “cosa juzgada implícita” que atribuye a la *ratio decidendi*.

2.10. *Decisum*

La parte resolutive de una sentencia surte sus efectos de manera directa e inmediata con relación a las partes en controversia, pues les hace conocer -en términos comunes- quien resultó victorioso en la misma, de manera que sus efectos son *inter partes* y no afectan a otras personas de forma directa, pues éstas no tienen el deber de cumplir el fallo, es decir la fuerza decisiva del Tribunal Constitucional recae únicamente en la parte recurrente y recurrida.

Esta parte importante de la sentencia es la que se confunde con la *ratio decidendi*, cuando son dos conceptos distintos, y en consecuencia vinculan de forma diferente tanto a las partes del proceso constitucional como a los operadores y usuarios de la jurisdicción constitucional. Mientras que la *ratio decidendi*, vincula a la generalidad de los usuarios (incluida las partes); y además da origen a líneas jurisprudenciales que a su vez generan jurisprudencia y doctrina, el *decisum* vincula sólo a las partes del proceso y no tiene alcance a la generalidad de la población, como tampoco generan líneas jurisprudenciales, jurisprudencia ni doctrina.

3.- *Tipos de Sentencias*

En la gama de resoluciones dictadas por el Tribunal sólo existe una distinción prevista por la norma especial, la Ley 1836, pues ésta prevé una clasificación a partir de la naturaleza del recurso que se resuelve, así por ejemplo si resuelve una consulta la resolución que se dicta toma el nombre de declaración constitucional, cuando lo que se resuelve es un recurso de inconstitucionalidad o un recurso tutelar, la resolución se denomina sentencia constitucional. Las resoluciones que definen sobre el procedimiento de un recurso constitucional se denominan Autos constitucionales.

En el contexto del quehacer jurisdiccional, existe otra clasificación que no ha sido prevista por la legislación y no tenía porque, ya que la clasificación a la que ahora nos circunscribiremos toma cuerpo en ese quehacer aludido. De ahí

⁸ *Ibidem*, p. 107.

que, quienes se ocupan de ella son los estudiosos del desarrollo jurisprudencial y no así el legislador.

3.1. Sentencias básicas

Las sentencias básicas a juicio nuestro, son aquellas que revisten una relevancia particular y mayor con relación al resto de las sentencias. Son aquellas que resultan imprescindibles en el sistema de administración de justicia adoptado por la jurisdicción constitucional, pues a partir de estos fallos se definen derechos fundamentales o el núcleo esencial de los mismos, así como también se conciben conceptos de instituciones importantes vinculadas a estos derechos, como también se desarrollan los principios y valores que no sólo rigen a la jurisdicción constitucional, sino al resto de las jurisdicciones comunes o especiales.

Nuestra concepción tiene su sustento doctrinal en la doctrina comparada, pues LOPEZ GUERRA, en su obra “Sentencias básicas del Tribunal Constitucional” señala que pretendía proporcionar una visión, forzosamente inicial, de las líneas más generales de la jurisprudencia constitucional, en las materias que se han estimado de mayor relevancia, tanto desde una perspectiva doctrinal como en cuanto a su incidencia en la vida jurídica. Designar a esas Sentencias como “básicas” –recalca- (aún a riesgo de cierta confusión, dada la multiplicidad de sentidos que, también en nuestra normativa, reviste el concepto de “lo básico”) se justifica desde la perspectiva consistente en apreciar que representan mucho más que la resolución de casos concretos, y que son más bien fundamentos o cimientos de un edificio conceptual y normativo en continua construcción⁹.

De igual forma BELTRAN DE FELIPE Y GONZALES DE GARCIA, en el preliminar de su obra “Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, nos respalda indicando que se trata, además, de un libro en el que traducimos algunas de las que hemos considerado mejores o más importantes sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.¹⁰

Para el profesor boliviano DURAN RIBERA, la sentencia básica es también la creadora de una línea jurisprudencial, o en otros términos la sentencia fundadora, pues se les atribuye esta calidad a la sentencia que define, con

⁹ LOPEZ GUERRA, LUIS, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da. Edición, Madrid, 2000, p. 13.

¹⁰ BELTRAN DE FELIPE, MIGUEL y GONZÁLEZ GARCIA, JULIO V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2005.

anterioridad a las demás, la problemática jurídica planteada en el recurso en cuestión. A decir suyo, las sentencias básicas constituyen, cuantitativamente, un pequeño porcentaje de los fallos de un tribunal¹¹. En suma, el nombre e importancia de una sentencia, como es la básica, no radica en que resuelva un problema por primera vez, sino que su naturaleza deviene de la trascendencia y repercusión que provocará en la práctica jurídica, aún sin resolver un caso nuevo, es decir sin precedentes.

3.2. Sentencias fundadoras

Este tipo de sentencias, como su nombre lo indica son las que contienen una línea jurisprudencial fundacional, primigenia, originaria; es decir resuelven una problemática que se presenta por primera vez, por tanto dan lugar a la creación de una directriz para los operadores de justicia. A partir de una sentencia fundadora no cabe sino proseguir resolviendo de la misma manera cuanta situación análoga se presente, es decir habrá que hacer el ejercicio práctico y ver si los supuestos en abstracto de la nueva problemática son idénticos a los que dieron lugar a la sentencia fundadora.

A decir de López Medina, son usualmente muy pretensiosas en materia doctrinaria y en las que se hacen grandes recuentos de los principios y reglas relaciones con el tema bajo estudio. Por sus propósitos son sentencias eruditas, a veces ampulosas y casi siempre largas, se apoyan en el vacío jurisprudencial y están plagadas de dicta, pero además por su energía reformista expresan un balance constitucional sin vocación de permanencia dentro de la jurisprudencia.¹²

La sentencia fundadora, sin embargo no implica que a partir de ella no se pueda cambiar la solución jurídica que se dio en determinado momento a un problema o controversia constitucional. Simplemente se le denomina como tal, por ser la primera pero no porque a partir de ahí sea inmodificable posteriormente, ya que es posible que pasado un tiempo, sea porque la jurisdicción constitucional de mutuo propio o dando cabida a los fundamentos de un justiciable cambie totalmente de opinión, en cuyo caso la línea fundadora desaparece para dar paso aparentemente a otra línea fundadora; sin embargo lo que en realidad ocurre es que un reemplazo de otra anterior y por tanto no puede ser fundadora en los mismos términos que la primera, es decir no puede

¹¹ DURAN RIBERA, WILLMAN R., *Líneas Jurisprudenciales básicas del Tribunal Constitucional*, Editorial El País, Santa Cruz, 2003, p. 15-16.

¹² LOPEZ, MEDINA, p. 68.

tener la calidad de creadora o primigenia, dado que trata un problema que ya se resolvió con anterioridad pero con fórmula diferente, con lo cual la nueva sentencia podría adoptar a nuestro juicio, el nombre de línea fundadora pero derivada o más propiamente podría adoptar el nombre de sustitutiva, puesto que la génesis de la denominación de fundadora se sustenta en que se trata por primera vez determinado conflicto constitucional, en cambio la sentencia que la reemplaza dando una solución totalmente diferente, no parte de un caso nuevo sino que compulsa y resuelve el mismo problema.

Redundando en el tema, la problemática es la misma, lo que cambia es la solución jurídica, el siguiente sinóptico muestra el movimiento jurisprudencial:

: solución A : sentencia fundadora
Conflicto x
: solución B : sentencia fundadora derivada o sustitutiva

La sentencia fundadora es el resultado juicioso del conocimiento originario de una controversia constitucional, con lo cual desterramos que la solución posterior que se pueda dar luego de ese conocimiento originario ante un caso análogo se encaje en el concepto de una sentencia fundadora sino de una sentencia sustitutiva, debido a que cambia sustancialmente la solución de forma contraria a la primera o totalmente diferente, esto es con otros fundamentos.

3.3. Sentencias moduladoras

Las sentencias moduladoras son aquellas que complementan, amplían o disminuyen la potencia del entendimiento de la sentencia fundadora. LOPEZ MEDINA, manejando el mismo alcance de nuestro concepto la denomina también como sentencia hito, dado que en su entender son aquéllas en que la Corte trata de definir con autoridad una sub-regla de derecho constitucional. Estas sentencias –nos dice-, usualmente originan cambios o giro de la línea, variaciones que se logran mediante técnicas legítimas en las que se subraya la importancia de la sentencia, como ser cambio jurisprudencial, unificación jurisprudencial, distinción de casos, distinción entre *ratio* y *obiter*, y otras técnicas análogas. Son las sentencias que con más frecuencia son debatidas al interior de la Corte Colombiana, y que al margen de ello promueven también con mayor probabilidad salvamentos o aclaraciones de voto¹³.

¹³ *Ibidem*, p. 68.

La Sentencia constitucional en los Procesos Tutelares Bolivianos

La creación de estas sentencias por una parte, emerge de la necesidad que se presenta cuando se hace abuso del uso de una línea jurisprudencial por ser demasiado amplia en su alcance protectorio como ocurría en el ámbito laboral en los caso de mujeres embarazadas contratadas a plazo fijo sin excepciones (SSCC 1416/2004-R, 587/2005-R), pues para no dar lugar al abuso del Amparo, se estrechó el alcance de la línea fundadora modulándola en sentido restrictivo, así en la SC 109/2006-R el Tribunal decidió “(...) *estas alturas del desarrollo jurisprudencial citado, se hace necesaria una modulación en cuanto corresponde a los casos de contratos a plazo fijo, en los que tanto el empleador como la trabajadora -sea del sector público o del privado-, conocen desde el primer momento de la relación, la fecha cierta y concreta de conclusión de la relación laboral, por lo que más allá de ésta no sería dable el nacimiento o vigencia de derechos u obligaciones emergentes de una relación laboral que ya no existe, no siendo posible obligar a un empleador a continuar con el contrato del personal que ya cumplió el plazo establecido y acordado de antemano (...)*”.

De igual forma existen modulaciones por insuficiencia de la línea fundadora, como resultó con la línea primigenia emergente de la interpretación del art. 19 de la Constitución con relación al principio de subsidiaridad, pues se detectó en muchos casos que su aplicación sin excepciones era lesiva y menoscaba la propia protección del Amparo, siendo ésta, la razón por la que se moduló el entendimiento señalándose que se aplicaba la excepción cuando se presentaban dos situaciones: a) peligro inminente y b) daño irreparable. Estas condiciones generalmente se presentan en casos de contrato de desapoderamiento, demolición o en temas de salud. La sentencia moduladora en el sentido formal o expreso a la sentencia fundadora del entendimiento del principio de subsidiaridad, es la SC 1082/2003-R de 30 de julio. Se ha hecho alusión al término formal debido a que en la práctica antes de esta sentencia, el Tribunal Constitucional aplicaba la excepción directamente aunque sin decir que modulaba, una muestra de esta afirmación es la SC 260/99-R de 22 de octubre que en su parte motiva respondiendo al alegato del recurrente en sentido de que existía “*un inminente y grave daño*” otorgó la tutela solicitada. De la misma forma se falló en el año 2001, a través de la SC 158/01-R de 28 de febrero haciéndose alusión categóricamente al “*peligro inminente y daño irreparable*”.

Otro ejemplo de una sentencia moduladora es la SC 72/2004-R de 14 de enero, que modifica la SC 1382/2002-R de 28 de noviembre ampliando el radio de acción protectoria para el recurrente con relación a la jurisdicción y competencia de los jueces señalando que podía iniciar el proceso tutelar tanto

en el lugar dónde se ordenó el acto ilegal o donde éste surtió sus efectos. Expresamente se estableció “*Este entendimiento no es excluyente respecto a la competencia que tiene en razón del territorio el juez o tribunal del lugar donde surtan sus efectos los actos ilegales cometidos en otra jurisdicción; por ello, es preciso modular la Sentencia 1382/2002-R, en resguardo de la economía procesal y la tutela efectiva e inmediata del afectado, quien podrá plantear la acción en forma indistinta, en el lugar donde se cometió el acto ilegal ó donde el mismo surtió sus efectos.*” Sin embargo esta modulación pronto fue dejada sin efecto a través de otra sentencia reconductora de la línea primicial.

En el primer caso (mujer embarazada como también jurisdicción y competencia de jueces en materia de Amparo Constitucional y Hábeas Corpus) claro está, que lo que cupo a través de la sentencia moduladora, fue limitar el alcance de la línea para no mantener la utilización indiscriminada de la protección tutelar y el acceso a la jurisdicción constitucional. En el segundo caso (aplicación del principio de subsidiaridad) lo que se tornó obligatorio fue limitar la aplicación sin restricciones de dicho principio, pero sólo excepcionalmente, esto es, en casos especiales y con el único objetivo de resguardar o restituir derechos fundamentales en forma oportuna.

Ahora, es importante añadir que pueden haber sentencias moduladoras por excelencia, pero a partir del reconocimiento de esta sentencia pueden haber una variedad de sentencias mixtas, ya que una sentencia moduladora puede serlo en forma total cuando sólo tiene un acto ilegal u omisión indebida a resolver, en cambio cuando en el recurso se denuncian varias lesiones, la sentencia puede ser fundadora, reiteradora o reconductora.

3.4. Sentencia reiteradora o confirmadora

En este tipo de sentencias, no hay mayor complicación para la jurisdicción constitucional, dado que el trabajo únicamente consiste en extraer la *ratio decidendi* de una o varias sentencias que contengan los mismos supuestos de la problemática que se tiene a la vista para resolver, y de forma práctica sin mucho andamiaje doctrinal y legal decidir.

Bolivia ha optado en cierta forma de guardar un equilibrio en cuanto a la elaboración de este tipo de sentencias, pues para plasmar la *ratio decidendi* opta por citar entre dos o cuatro sentencias anteriores glosando de todas o de algunas la *ratio decidendi*, mientras que por ejemplo en la jurisdicción constitucional colombiana la reiteración de jurisprudencia es más amplia.

Aunque huelga decir, pecamos de machacones al indicar que una sentencia reiterativa puede ser a la vez fundadora, moduladora o recondutora, ello según se presente el caso a resolver, pues si es una sola la lesión denunciada estaremos ante una sentencia reiterativa pura, pero si se denuncian también otras, distintas a las que se hubieran denunciado con anterioridad, la sentencia reiterativa tendrá un tinte mixto.

3.5. Sentencia unificadora

La naturaleza de estas sentencias cobra relevancia en la jurisdicción constitucional porque sana la jurisprudencia difusa, ambigua o disanáloga acerca de los mismos casos que se hubieran presentado, pero que hubiesen sido resueltos de forma distinta; sin embargo estas fallas que dan origen a su nacimiento no pueden otorgarle mayor relevancia que la que tienen el resto de las sentencias, pues las únicas relevantes como ya hemos referido son las básicas. La sentencia unificadora es aquella que reúne o concentra diversidad de soluciones sobre un mismo caso y opta por una de esas soluciones, o conforma una nueva a partir de todo el conglomerado diferenciado.

El trabajo de estas sentencias requiere de una búsqueda de precedentes hasta encontrar la sentencia fundadora como también todas las que hubiesen modulado sus alcances en sentido amplio o restrictivo. Igualmente implica encontrar sentencias contradictorias a la fundadora, y que hubieran quedado como aisladas o como excepciones de la mayoría. Estas sentencias son pocas en la práctica del Tribunal Constitucional, un ejemplo de ellas, es la relativa a la legitimación de abogados para interponer Amparo solicitando regulación de honorarios dentro de otros procesos ordinarios, así en la SC 733/2007-R de 20 de agosto el Tribunal Constitucional haciendo referencia a las SSCC 1261/2001-R y 134/2002-R señala:

"Posteriormente este Tribunal en las SSCC 0073/2006-R, 0634/2006-R y 0816/2006-R, en problemáticas planteadas por profesionales abogados que denunciaban actos vinculados a la regulación de honorarios profesionales, ingresó al análisis de fondo del recurso, denegando el amparo constitucional, sin hacer referencia a la falta de legitimación activa de los recurrentes. En ese contexto, corresponde unificar los entendimientos jurisprudenciales sobre este tema, con la finalidad de determinar los casos en que el profesional abogado carece de legitimación activa para interponer recurso de amparo constitucional y aquellos en los que válidamente puede presentar el recurso por actos o resoluciones que afectan directamente sus derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Al efecto, se debe precisar que por regla general, los profesionales abogados que interponen recursos de amparo constitucional reclamando que se reparen problemas

relacionados con la regulación de honorarios profesionales, carecen de legitimación activa para interponer el recurso de amparo constitucional, en virtud a que "los deberes procesales de contenido patrimonial, como son las costas, sólo surgen y benefician a las partes del proceso, por cuanto tienen intervención esencial en el mismo, el demandante como el demandado, siendo la intervención de los abogados accesoria, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 50 y 51.II del Código de Procedimiento Civil" (SC 0484/2002-R de 26 de abril); empero, la regla general citada tiene su excepción en material social, al existir un precepto legal expreso contenido en la norma prevista por el art. 204 del CPT que determina que los honorarios regulados por el juez corresponden al abogado del demandante, cuando dispone: "Cuando la sentencia sancione con costas al demandado, el honorario profesional será regulado en la proporción de 10% del monto condenado y, en suma equitativa, cuando se trate de autos interlocutorios. Dichos honorarios corresponden al abogado del demandante siempre que éste no hubiese recibido ya por adelantado sus derechos por parte del trabajador, caso en el cual los honorarios regulados irán a resarcir los gastos efectuados por aquél".

De lo anterior se concluye que la relación directa entre el abogado y la regulación de honorarios profesionales existente en estos casos, permite que el recurso de amparo constitucional sea interpuesto por los abogados patrocinantes de un proceso social, toda vez que pueden existir resoluciones que afecten directamente sus derechos fundamentales y garantías constitucionales."

A más de la función aludida, también las sentencias unificadoras son una muestra de las debilidades de la jurisdicción constitucional, dicho en otras palabras constituyen una evidencia de los errores y contradicciones, pero principalmente de las violaciones a derechos fundamentales cometidas por el propio órgano encargado de garantizarlos. ¿Se dirá porqué?, la respuesta es simple, cuando en un corto tiempo existen diferentes o contradictorios razonamientos al resolver un mismo problema, se está tratando a un justiciable respecto de otro de forma distinta, es decir discriminándolo de sus pares, otorgando la tutela por un lado y negándola por el otro, cuando la tutela debe ser negada u otorgada de la misma forma por tratarse de problemáticas análogas.

El esquema que a continuación detallamos representa como se va dando lugar a una sentencia unificadora:

: solución A: sentencia fundadora:

: solución B: sentencia sustitutiva:

Conflicto x: solución C: sentencia recondutora: **sentencia unificadora**

: solución D: sentencia moduladora:

: solución E: sentencia única:

La ambivalencia con la que están siendo tratados ciertos temas, provocan un estado de inseguridad jurídica y un rompimiento total del principio de

igualdad que origina a su vez vulneración al derecho a la seguridad jurídica, pero principalmente al derecho a la igualdad.

Por lo dicho, si bien es cierto las sentencias unificadoras tienen un fin de saneamiento jurisprudencial, también es cierto que no debieran existir ni formar cuerpo de la clasificación de sentencias en procesos tutelares, de manera que la jurisdicción constitucional está impelida para resguardar su propia legitimación a realizar periódicos balances o auditorias jurisprudenciales, fortaleciendo continuamente su departamento de jurisprudencia a fin de identificar a tiempo contradicciones y no acudir en la vía reparadora a dictar sentencias unificadoras que son pruebas objetivas de los equívocos de la jurisdicción constitucional, por lo tanto si éstas son frecuentes quiere decir que los errores del Tribunal Constitucional también lo son, lo que no sólo lo haría vulnerable sino también pondría en riesgo el Estado democrático de Derecho, de manera que estas sentencias deben ser excepcionales.

3.6. Sentencia reconductora

Estas sentencias están íntimamente ligadas con las unificadoras, en un primer momento podría decirse que tienen la misma función pero no es así, la sentencia reconductora no es más que un fallo que hace retornar a la sentencia fundadora, es decir deja sin efecto una sentencia contradictoria a la fundadora, la que en el acápite V.1, hemos denominado sustitutiva. Estamos indudablemente y sin poder escudarnos con maquillaje alguno ante una sentencia que denota igualmente yerros del Tribunal Constitucional, ya que la reconducción de una línea jurisprudencial implica que en un primer momento sobre un caso se resolvió de una forma, luego se mutó ese entendimiento totalmente para finalmente retomar la primera solución jurídica.

Estas sentencias por la salud y estabilidad jurídica del Tribunal Constitucional no deberían existir, y para el caso de presentarse deberían ser bastante distantes en el tiempo para ser legítimas y exentas de sospechas de prevaricación. Admitirlas o consentirlas como algo normal y dentro del marco de la falibilidad no es para nada aconsejable en el escenario del control concentrado de constitucionalidad. En lenguaje cierto y sin retoque, las reductoras son pruebas objetivas de conductas prevaricadoras, o de conductas totalmente deficientes en el ejercicio del control constitucional, de manera que el juzgador debe tomar con pinzas el tratamiento de estas sentencias y no acudir a ellas con asiduidad porque podría ocasionarle juicios de responsabilidad.

3.7. Sentencia única o aislada.

Estas sentencias aunque la jurisdicción constitucional no quiera aceptarlo, existen y son aquellas que aún encontrándose determinada línea jurisprudencial firme sobre cierta problemática recurrente, se resuelve de forma totalmente distinta a esa línea jurisprudencial, es decir que en lugar de elaborar una sentencia confirmatoria o reiteradora, la jurisdicción se aparta por una vez o quizá en pocas ocasiones y resuelve con otros fundamentos, ya sea negando o concediendo conforme se estableció en la Sentencia Constitucional que marco la línea o como también contrariándola.

Al no referirse a la línea jurisprudencial existente, nos anima a catalogarlas también como mudas o en mejor terminología, podrían ser denominadas como aisladas, pues resuelven casos presentados con anterioridad pero no se ciñen ni expresan nada respecto a sus precedentes. En conclusión, la jurisdicción constitucional a través de estas sentencias se ajusta a dos supuestos: a) se limita a fallar en forma concordante con sus precedentes pero con fundamentos distintos y b) falla en forma totalmente opuesta a la línea jurisprudencial. En ambos casos se ignora la línea jurisprudencial precedente.

Estas sentencias al igual que las unificadoras y reductoras son producto de la falibilidad de los jueces de la jurisdicción constitucional, ya que dispersan la jurisprudencia constitucional sobre un mismo tema, creando inseguridad jurídica en los justiciables, quebrantando el principio de igualdad, pero particularmente generando injusticia en lugar de generar justicia.

4. Bibliografía

Beltrán de Felipe, Miguel y Gonzáles de García, Julio V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Améric*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

Durán Ribera, Willman R., *Líneas Jurisprudenciales básicas del Tribunal Constitucional*, Editorial El País, Santa Cruz, 2003.

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Xavier. *La Argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1987.

López Guerra, Luís, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2º Edición, Madrid, 2000.

La Sentencia constitucional en los Procesos Tutelares Bolivianos

LOPEZ, MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, Legis Editores S.A., Bogotá, 2002.

Rivera Santiviáñez, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional – Procesos constitucionales en Bolivia-*, Editorial Kipus, Cochabamba, 2004.

Trigo, Ciro Félix, *Derecho Constitucional Boliviano*, Editorial “Cruz del Sur”, La Paz, 1951.

Tribunal Constitucional de Bolivia, *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998 – 2003*, Kipus, Cochabamba, 2003.

LA JUSTICIA EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA:

Aproximación al derecho a la presunción de inocencia a través de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Carolina Sanchís Crespo

SUMARIO: 1.-Exordio. 1.1. La universalidad del derecho a la presunción de inocencia.1.2. La protección de los derechos humanos reconocidos en el CEDH. 1.2.1. Etapa inicial. 1.2.2. Etapa actual: tras la adopción del Protocolo nº 11. 1.2.3. El futuro próximo: tras la adopción del Protocolo nº 14. 1.3. La ¿presunción? de inocencia: necesaria precisión terminológica. 2.- Delimitación del derecho a la presunción de inocencia. 2.1. Sujetos titulares. 2.2. Ámbito de aplicación. 2.2.1. En el proceso penal originario. 2.2.2. En otros procesos y/o procedimientos. 2.3. Contenido. 2.3.1. Derechos integrantes. 2.3.2. Derechos colindantes. 3.- Una reflexión provisional

1.- Exordio.

El derecho a la presunción de inocencia es uno de esos derechos que han calado de tal modo en la conciencia ciudadana, que su percepción excede del ámbito estrictamente jurídico. Su conocimiento forma parte de la cultura media de una persona en una sociedad actual, siempre y cuando nos refiramos a aquellos países en los que se goce del llamado Estado de derecho y se reconozcan las consiguientes libertades públicas y derechos fundamentales a sus ciudadanos. Seguramente por eso, al acudir al Diccionario de la Lengua Española, nos encontramos con una acepción bastante precisa del término: « La (presunción) que se aplica a toda persona, aún acusada en un proceso penal, mientras no se produzca sentencia firme condenatoria¹»

La omnipresencia del derecho que nos ocupa se debe probablemente, a su inicial adscripción al proceso penal, en el que se propician las vulneraciones más importantes de los derechos de la persona y, por tanto las reacciones legales más vigorosas en aras a su protección. Asimismo, la propia idiosincrasia del derecho; no hay más que meditar acerca de la desoladora desprotección en que queda el ciudadano que, antes de ser juzgado por la comisión de un delito, es tratado ya como culpable de su comisión.

Si se considera erróneamente un proceso penal eficaz a aquél que

¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Madrid, 2001.

proporciona un elevado número de condenas, habrá de colegirse que la tentación de vulnerar este derecho, aparece como una opción atractiva. Desde ese inadecuado punto de vista, la presunción de inocencia, se erige en una especie de obstáculo que impide que se haga «verdadera justicia».

1.1. La universalidad del derecho a la presunción de inocencia.

El derecho a la presunción de inocencia aparece reconocido en importantes textos internacionales.

Entre ellos cabe destacar, en primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 nacida en el seno de la Organización de Naciones Unidas. Según su art. 11 «Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías fundamentales para su defensa».

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977, dispone en su art. 14.2 que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Por su parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conocido como el Tratado de Roma (en adelante CEDH o el Convenio), dispone en su art. 6.2 que toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

La Constitución española establece en su art. 24.2 que todas las personas tienen derecho a la presunción de inocencia.

Finalmente, el art. III, 108.1 de la Constitución Europea, intitulado «presunción de inocencia y derechos de la defensa», proclama en su punto primero que todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente. De este modo, se reitera desde la norma destinada a ser la suprema de cuantas regulan el ordenamiento jurídico europeo, la plena vigencia del derecho a la presunción de inocencia.

Una delimitación rigurosa del perfil del derecho a la presunción de inocencia a nivel europeo, exige acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos, a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a la de los distintos Tribunales Constitucionales de los países miembros.

En este primer trabajo dedicado al tema, el objeto de estudio será la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). Con ello se obtendrá una primera aproximación a lo que debe entenderse por presunción de inocencia en el ámbito europeo.

Pero antes conviene detenerse a examinar el sistema de control de la vulneración de derechos que lleva a cabo el TEDH, al que se someten las eventuales vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia llevadas a cabo en territorio bajo soberanía de los países miembros.

1.2. La protección de los derechos humanos reconocidos en el CEDH.

El sistema de control de la vulneración de derechos humanos y libertades fundamentales que lleva a cabo en la actualidad el TEDH, es fruto de una evolución normativa. Las transformaciones que ha venido experimentando tuvieron su origen en necesidades de tipo práctico derivadas del incremento incesante de asuntos. El aumento de la litigiosidad tenía básicamente un doble origen: la progresiva incorporación de nuevos miembros a la Unión europea y los déficits en los sistemas de control interno de cada uno de los Estados.

Los hitos en el proceso de transformación sufrido son fundamentalmente dos: el Protocolo nº 11 y el Protocolo nº 14.

Inicialmente el texto original del CEDH y su Reglamento establecieron un primer sistema de control. Posteriormente, al adicionarse el Protocolo nº 11 la situación varió. Y en un futuro no muy lejano, cuando se proceda a la ratificación y firma por todos los países miembros del Protocolo nº14, nos hallaremos ante una nueva vuelta de tuerca del sistema.

En toda esta progresión se advierte que el hilo conductor de la misma ha sido la potenciación y perfeccionamiento de los sistemas de filtro de admisibilidad de las demandas, de modo que el TEDH resuelva las verdaderamente merecedoras de su atención, economizando esfuerzos para evitar lo que gráficamente expresa RUILOBA ALBARIÑO: que el sistema sea víctima de su propio éxito estando su eficacia y credibilidad amenazadas por la avalancha de demandas.

Esta autora realiza un estudio de la organización y funcionamiento del TEDH de obligada consulta en esta materia².

Podemos así distinguir en cuanto a los mecanismos de control de los derechos reconocidos en el CEDH una primera etapa inicial, la etapa actual y la del futuro próximo.

1.2.1. Etapa inicial.

El sistema de control inicialmente previsto por el CEDH estaba compuesto por tres órganos. A saber; la Comisión Europea de Derechos Humanos, el TEDH y el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Los individuos o los Estados Partes debían dirigirse a la Comisión para alegar la vulneración del Convenio. Después este órgano se pronunciaba acerca de la admisibilidad de la demanda. Si la demanda resultaba admisible, se intentaba un acuerdo amistoso entre las partes con la intención de solucionar rápidamente el conflicto evitando entrar en el fondo del asunto. El contenido del acuerdo al que se llegaba era supervisado por la Comisión para evitar posibles perjuicios para alguna de las partes. Si consideraba que el examen detallado del asunto era de interés para la defensa de los derechos humanos en cuestión, podía decidir no aceptar el acuerdo amistoso. En este último supuesto la Comisión emitía una Decisión en la que dictaminaba acerca de la existencia o no de violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio. Dicha Decisión era comunicada al Comité de Ministros.

El TEDH resolvía mediante sentencia sobre los casos que le planteaba la Comisión, el Estado demandado o el Estado del cual el demandante fuera nacional. Los Estados podían aceptar de forma opcional la jurisdicción del Tribunal y el derecho al recurso individual.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa era el órgano encargado de vigilar la ejecución de las sentencias del TEDH y de adoptar Decisiones definitivas sobre las demandas examinadas por la Comisión que no hubieran sido llevadas al Tribunal³.

1.2.2. Etapa actual: tras la adopción del Protocolo n° 11.

² RUILOBA ALVARIÑO, J., UNED, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Su organización y funcionamiento*, en Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica, n° 1 2006, ISSN 1886-6328.

³ *Idem*, págs. 4 y 5.

Tras la adhesión de nuevos Estados de Europa Oriental y Central a partir de 1980, el sistema inicialmente instituido comenzó a bloquearse. Ello dio lugar a la primera de las reformas en el mecanismo de protección de los derechos humanos. La entrada en vigor del Protocolo nº 11 el 1 de noviembre de 1998, supuso importantes modificaciones en el sistema de control del respeto a los derechos humanos en el ámbito europeo y vino a paliar, al menos temporalmente, la situación de colapso creada.

En primer lugar el Comité de Ministros del Consejo de Europa deja de tener competencias en cuanto a la adopción de decisiones definitivas previamente examinadas por la Comisión. Sus competencias se reducen al seguimiento de ejecución de sentencias.

El Protocolo establece un nuevo TEDH que sustituye al anterior Tribunal y a la Comisión, actuando con carácter permanente en la ciudad de Estrasburgo.

Su jurisdicción es exclusiva y excluyente. Exclusiva porque tiene jurisdicción obligatoria en todos los asuntos que se refieran a la interpretación y aplicación del CEDH y sus Protocolos. Actúa a instancia de parte en virtud de demandas individuales⁴ o demandas interestatales⁵. Y excluyente, porque el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha perdido, como veíamos *supra*, sus iniciales competencias de decisión acerca de estas materias.

A partir de la entrada en vigor de este sistema los particulares pueden acudir directamente ante el TEDH sin que sea necesaria la decisión previa de la Comisión o de los Estados Partes⁶.

El TEDH actúa en Comités de tres jueces, Secciones de nueve jueces, Salas de siete jueces y en dos formaciones de Gran Sala compuestas por 17 jueces.

Las Salas se constituyen en el seno de las Secciones. A partir del 1 de marzo de 2006, el Tribunal se divide en cinco Secciones de nueve jueces cada una en las que debe haber una composición equilibrada desde un punto de vista tanto geográfico como de representación de sexos teniendo en cuenta al mismo tiempo los diferentes sistemas jurídicos existentes en los Estados Partes.

⁴ Se consideran demandas individuales las presentadas por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos (art. 34 CEDH).

⁵ Se consideran demandas interestatales aquéllas que toda Alta Parte Contratante someta al Tribunal por cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Parte Contratante (art. 33 CEDH).

⁶ RUILOBA ALVARIÑO, J., *op. cit.*, pág. 5.

En cada Sección se constituyen, por períodos de doce meses, Comités de tres jueces que constituyen un elemento importante de la nueva estructura ya que realizan la labor de filtro encomendada antes a la Comisión.

Las Salas examinan y deciden la mayoría de las demandas presentadas que no son objeto de una decisión del Comité de tres jueces.

El funcionamiento habitual se lleva a cabo a través de las cinco Secciones encabezadas por el Presidente del Tribunal.

Sólo algunos casos son examinados por la Gran Sala ya sea por inhibición de la Sala en cualquier momento del procedimiento antes de dictar sentencia, como por remisión del caso a petición de una de las partes una vez dictada la sentencia de Sala⁷.

1.2.3. El futuro próximo: tras la adopción del Protocolo n° 14.

A pesar de las indudables mejoras que supuso la adopción del Protocolo n° 11 con la simplificación del mecanismo de control y el establecimiento de la jurisdicción exclusiva y excluyente a favor del TEDH, la sobrecarga de trabajo continuó creciendo. Más del 90 por cien de las demandas individuales resultaban inadmisibles y del resto en las que sí se entraba en el fondo, más de la mitad se referían a supuestos idénticos.

Ante esta situación, la eficacia del sistema, volvía a ponerse en entredicho. Se encargó entonces a un grupo de evaluación el análisis sobre la forma de mejorar el sistema y de forma paralela, a otro grupo de reflexión en el seno del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Las conclusiones se formalizaron en el Protocolo n° 14^{8 9}.

Este Protocolo quedó abierto a la firma el 13 de mayo de 2004 y su entrada en vigor se hace depender de la ratificación de todos los Estados Partes. España lo ratificó el 15 de marzo de 2006.

Las principales innovaciones que aporta el nuevo Protocolo son las siguientes:

- En los asuntos manifiestamente inadmisibles las decisiones adoptadas

⁷ *Idem*, págs 5 a 7.

⁸ *Idem*, pág. 11.

⁹ *Idem*, págs. 12 y 13.

actualmente por un Comité de tres jueces, serán examinadas por un Juez único ayudado por Relatores que no sean miembros del Tribunal.

- El Tribunal puede declarar inadmisibles los asuntos en los que el demandante no haya sufrido un perjuicio importante a condición de que el respeto de los derechos humanos no obligue al tribunal a examinar el fondo del asunto y a no examinar cualquier caso que no haya sido debidamente examinado por un tribunal interno.
- Los Comités de tres jueces tienen una nueva competencia que les permite emitir una sentencia cuando la cuestión planteada haya sido ya objeto de una jurisprudencia consolidada.
- El mandato actual de seis años renovable de los jueces, se convierte en un mandato único para nueve años.

Para que la nueva regulación sea una realidad que mejore la situación actual resulta imprescindible, por un lado y como *conditio sine quae non*, la ratificación del Protocolo para que pueda entrar en vigor. Por otro lado, el cumplimiento por todos los países de una manera responsable del principio de subsidiariedad¹⁰. A este principio se refiere en la actualidad el texto del art. 35.1 del CEDH en cuya virtud «Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva».

1.3. La ¿presunción? de inocencia: necesaria precisión terminológica.

Antes de adentrarnos en el contenido concreto del derecho a la presunción de inocencia, conviene hacer una precisión terminológica.

La expresión tradicionalmente acuñada de «presunción de inocencia» resulta en sí misma contradictoria. En efecto, si lo que intenta ponerse de relieve es la inocencia de la persona hasta que su culpabilidad no quede fehacientemente demostrada, referirse a ese estado de inocencia como presuntivo, es de entrada, restarle credibilidad, cuando de lo que se trata, precisamente, es de poner el acento en lo contrario. Por eso, acertadamente, señala BARONA que pese a su denominación por la jurisprudencia como «presunción» *iuris tantum*, «verdad interina de inculpabilidad», se trata de una manera poco adecuada de afirmar que el acusado es inocente hasta que no se demuestre lo contrario. La

¹⁰ *Idem*, págs. 10 a 13.

presunción exige un hecho base o indicio, del que se desprende la existencia del segundo, el hecho presumido, con el nexo lógico entre ellos que es la presunción, operación que consiste en entender existente el hecho presumido por la existencia y prueba del hecho base o indicio¹¹.

Resulta, pues, perturbador, referirse a la condición de inocencia de una persona considerándola una presunción y no una afirmación. A veces, sin embargo, el peso de la tradición obliga y por ello seguiré utilizando esa denominación, tras haber puesto de manifiesto su impropiedad.

2.- Delimitación del derecho a la presunción de inocencia.

La configuración del derecho a la presunción de inocencia consiste en la concreta afirmación del mismo con la mayor exhaustividad posible. De modo que sea posible saber quiénes son sus titulares, cuál su ámbito de aplicación y cuál su concreto contenido

2.1. Sujetos titulares.

Parafraseando el art. 6.2 CEDH, los sujetos titulares del derecho a la presunción de inocencia son todas las personas acusadas de una infracción, hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

De esa descripción legal del derecho pueden destacarse tres elementos fundamentales. En primer lugar, el alcance de la expresión «todas las personas», en segundo lugar el del vocablo «infracción» y, finalmente, lo referente a la declaración legal de la culpabilidad, que constituye el *dies ad quem*, respecto a la pérdida del derecho a la presunción de inocencia.

Según el art. 1 del Convenio, los Estados contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I, entre los que se encuentra el derecho que nos ocupa. De modo que, cuando el art. 6.2 se refiere a «todas las personas» tal expresión debe acomodarse, según el criterio sistemático, a lo dispuesto en el art. 1 CEDH. Ello supone una remisión a las normas de jurisdicción de cada uno de los Estados firmantes del Convenio.

El concepto de infracción tiene un significado autónomo, como ha puesto de relieve reiteradamente la jurisprudencia del TEDH. De tal manera que existen

¹¹ BARONA VILAR, Silvia, en *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, 13ª ed., con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, A., Valencia, 2004, p. 291

tres criterios¹² a tener en cuenta en el momento de decidir si la persona estaba «acusada de una infracción» a los efectos del art. 6.2. Se trata de criterios que, pueden o no, ser concurrentes en un mismo asunto.

La constatación de que cualquiera de ellos se cumple, supondría que en el caso analizado, se habría cometido una infracción a los efectos del art. 6.2 CEDH.

Se trata de los siguientes criterios:

- 1) La clasificación del proceso en virtud de la legislación nacional
- 2) Su naturaleza especial
- 3) El tipo y gravedad de las penas a las que el demandante se expone

En cuanto al primero de ellos, se trata de examinar en cada caso si según la legislación estatal aplicable, el proceso o procedimiento en el que se vio envuelto el demandante, puede contemplarse como una acusación penal.

En el caso analizado por la STEDH (Sección 3ª), de 11 de febrero de 2003, se trataba de una demanda de un ciudadano noruego contra el Reino de Noruega. Los tribunales nacionales de ese país dictaron una resolución ordenándole a pagar una indemnización a los padres de la víctima fallecida, a pesar de haber sido absuelto de las acusaciones penales de agresión sexual y homicidio.

Según el TEDH la responsabilidad penal no es un prerrequisito para la responsabilidad civil de pagar una indemnización, incluso cuando, como en este caso sucedió, las víctimas (padres de la fallecida), optan por unir la demanda de indemnización con el juicio penal. La reclamación sigue siendo considerada una reclamación civil. Así el Tribunal entiende que la reclamación de indemnización no estaba contemplada como una «acusación penal» en virtud de la legislación nacional aplicable¹³.

En cuanto al segundo y tercer criterios, la naturaleza esencial y el tipo y gravedad de las penas a las que el demandante se expone, el Tribunal observa que, mientras las condiciones para la responsabilidad civil pueden, en ciertos aspectos, superponerse, con las condiciones para la responsabilidad penal, la reclamación civil debe, sin embargo, determinarse en base a los principios

¹² STEDH (Sección 3ª), de 11 de febrero de 2003.

¹³ *Idem*, apartado 40.

propios de la legislación civil sobre perjuicios. El resultado del proceso penal no es decisivo para el proceso de indemnización. La víctima tiene derecho a reclamar una indemnización independientemente de si el demandado es condenado o absuelto.

En opinión del Tribunal el hecho de que un acto que pueda dar lugar a una reclamación de indemnización civil por daños, esté también cubierto por los elementos objetivos constitutivos de una infracción no puede, a pesar de su gravedad, proporcionar motivo suficiente para contemplar a la persona supuestamente responsable del acto como «acusada de una infracción». Tampoco lo puede el hecho de que las pruebas del juicio penal sean utilizadas para determinar las consecuencias de legislación civil del acto que justifica esa caracterización. De otro modo, el art. 6.2 daría a la absolución penal el indeseable efecto de anular las posibilidades de la víctima de reclamar una compensación en virtud de la legislación civil por daños. Ello daría además al autor material absuelto la indebida ventaja de evitar cualquier responsabilidad por sus acciones. Una absolución penal no impide establecer una responsabilidad civil por los mismos hechos. En base a una carga de la prueba menos estricta¹⁴.

Después de exponer los tres criterios sobre los que gravita el concepto autónomo de infracción del art. 6.2, y de llegar a la conclusión de que en este caso, aparentemente, tal infracción no se produce, el Tribunal condiciona la posible vulneración del art. 6.2 al cumplimiento de un requisito más¹⁵. En palabras del propio TEDH «si la resolución nacional de indemnización contiene una afirmación que impute una responsabilidad penal a la parte demandada, este hecho puede hacer surgir una cuestión que entre en el ámbito del art. 6.2 del Convenio».

Tras examinar las expresiones del Tribunal Superior Noruego, confirmadas después por el Tribunal Supremo Noruego, el TEDH considera que sobrepasaron los límites del tribunal civil, arrojando por ello dudas sobre la corrección de la absolución. Concluye el Tribunal que sí existía un vínculo suficiente con el anterior proceso penal que era incompatible con la presunción de inocencia y, por tanto, el art. 6.2 se aplica, finalmente al proceso relativo a la reclamación de indemnización, a pesar de no concurrir en él, ninguno de los tres criterios relevantes a los efectos de decidir si la persona demandante estuvo o no acusada de una infracción a los efectos del art. 6.2 CEDH.

¹⁴ *Idem*, apartado 41.

¹⁵ El Tribunal no lo califica así. Considero que puede tratarse como tal porque, como inmediatamente veremos, su concurrencia supone vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Retomando los tres elementos fundamentales de la descripción legal que hace el art. 6.2 del derecho a la presunción de inocencia, resta por analizar el relativo a la declaración legal de la culpabilidad.

Para que esa declaración de culpabilidad sea válida debe haber sido pronunciada por un tribunal imparcial e independiente y en el seno de un proceso respetuoso con el contenido de la presunción de inocencia. Debe tratarse además de una resolución firme. Para completar este último elemento se hace necesario determinar el contenido del derecho, lo que se llevará a cabo *infra*.

2.2. *Ámbito de aplicación.*

En principio, las afirmaciones acerca de la culpabilidad de una persona, debieran tener lugar en un proceso penal en el que se la juzgue por la comisión de determinado delito. La realidad, sin embargo, nos demuestra cómo esas afirmaciones pueden producirse en otros procesos y/o procedimientos, que con independencia de su naturaleza penal o no, tienen en común entre sí, no ser los procesos en los que se discute la comisión del delito, sino otros relacionados mediatamente con ellos. Por ello el análisis que hago respecto del ámbito de aplicación de la presunción de inocencia, distingue entre las vulneraciones a la presunción de inocencia en el ámbito del proceso penal originario y las que se producen en esos otros procesos y/o procedimientos.

2.2.1. *En el proceso penal originario.*

Según la jurisprudencia del TEDH el campo de aplicación del art. 6.2 del Convenio se limita, en primer lugar, a los procesos penales que continúan pendientes. De modo que durante toda su tramitación las sospechas que respecto a la culpabilidad del imputado y/o procesado, alberguen los jueces no deben ser manifestadas en modo alguno en orden a preservar el derecho que nos ocupa.

La presunción de inocencia se viola si una resolución judicial o una afirmación de un funcionario público sobre una persona acusada de un delito refleja la opinión de que dicha persona es culpable, antes de que su culpabilidad haya sido probada conforme a derecho. Es suficiente, incluso en ausencia de un fallo firme, que haya un razonamiento que sugiera que el tribunal o el funcionario considera al acusado culpable¹⁶.

¹⁶ STEDH (Sección 3ª), de 3 de octubre, de 2002, apartado 54.

Ello no impide, obviamente, que el órgano jurisdiccional tome decisiones en las que considere la posibilidad real, de que el acusado sea culpable. Me refiero, por ejemplo, a la autorización de actos de investigación, especialmente a aquéllos que vulneran derechos fundamentales. El instructor los permite porque tras realizar el oportuno juicio de proporcionalidad, prima el éxito de la investigación frente al concreto derecho de la persona. Esto es así porque existen sospechas fundadas de la culpabilidad, pero esas sospechas deben confirmarse más allá de toda duda razonable a través de pruebas y en el juicio oral, para que puedan fundar la sentencia de condena destruyendo así válidamente la presunción de inocencia.

2.2.2. En otros procesos y/o procedimientos.

El ámbito de aplicación de la presunción de inocencia se extiende, como decíamos, a aquellos otros procesos y/o procedimientos que tienen que ver con la comisión del delito, aunque sea sólo de modo mediato.

De modo genérico podemos decir que todas aquellas decisiones en las que se tome como presupuesto la culpabilidad de una persona, mientras ésta no haya sido legalmente declarada, vulneran el derecho a la presunción de inocencia.

Así, en primer lugar, la presunción de inocencia despliega sus efectos cuando antes de juzgar a alguien se adoptan decisiones que tienen como presupuesto su culpabilidad. En segundo lugar, también extiende su eficacia a las decisiones judiciales adoptadas tras la suspensión de diligencias en un proceso penal. Finalmente, alcanza asimismo a las decisiones nacidas tras la absolución.

Como ejemplo del primer caso tenemos el supuesto de supervisión de condena por parte de un tribunal de Apelación de Alemania ejerciendo funciones de Tribunal competente para juzgar, en este caso, el Tribunal de Distrito de Hamburgo. A la petición de suspensión de condena del después recurrente ante el TEDH, responde el tribunal de Apelación revocándola. La condena se basa en la certeza sobre la culpabilidad del demandante respecto de un nuevo delito por el que no había sido juzgado. Las consecuencias que se imponen, esto es, la no suspensión de la condena, es considerada por el TEDH como una consecuencia penal equivalente a un castigo, y por lo tanto, considera que sí hubo violación del art. 6.2 del Convenio¹⁷.

¹⁷ *Idem* apartados 65 y 67. El Tribunal de Apelación, declaró inequívocamente que el demandante era culpable de un delito penal. Esto lo prueba la frase clara de que "había podido llegar a la

Respecto a las decisiones judiciales adoptadas tras la suspensión de diligencias, tenemos el ejemplo de una decisión que niega al acusado una indemnización por el ingreso en prisión preventiva. Puede plantear problemas, en opinión del TEDH, si motivos indisociables del dispositivo equivalen en sustancia a una constatación de culpabilidad, sin que ésta haya sido previamente establecida de manera legal¹⁸. No se trata de que el acusado tenga un derecho al reembolso de sus costas, o un derecho a reparación por el ingreso en prisión preventiva legal, en caso de suspensión de las diligencias emprendidas en su contra. El simple rechazo de una indemnización no es contrario, por tanto, en sí mismo a la presunción de inocencia¹⁹.

Finalmente, en cuanto a las decisiones judiciales adoptadas tras la absolución, la jurisprudencia del TEDH se muestra contundente. En efecto, para el Tribunal tras una absolución, no resulta aceptable mencionar sospechas acerca de la inocencia de la persona absuelta. Considera que una vez la sentencia absolutoria es firme, aunque sea una sentencia absolutoria dando al acusado el beneficio de la duda de acuerdo con el art. 6.2 del Convenio, el mencionar cualquier sospecha de culpabilidad es incompatible con la presunción de inocencia. Incluso aquéllas expresadas en los motivos para la sentencia absolutoria²⁰.

2.3. Contenido.

La finalidad general de la presunción de inocencia es la de proteger al acusado contra cualquier decisión judicial u otras afirmaciones hechas por funcionarios del Estado, que contribuyan a una valoración de su culpabilidad,

certeza de que el demandante había cometido fraude en perjuicio del testigo Sr. H^o. Esta conclusión la apoyan además los hechos de que el Tribunal de Apelación optó por recabar testimonios en virtud del art. 308 de La Ley de Enjuiciamiento Criminal y procedió a una evaluación detallada y sustancial del valor probatorio de las declaraciones hechas por el testigo en su resolución. En este caso, el propio representante del Gobierno de Alemania, alega que el Tribunal de Apelación procedió como lo hubiera hecho el tribunal sentenciador en el procedimiento principal.

El TEDH no suscribe la reclamación del Gobierno de que el demandante tuvo, ante el Tribunal de Apelación, un procedimiento de acuerdo con el Estado de Derecho. La presunción de inocencia, considerada a la luz de la obligación genérica de un juicio justo como exige el art. 6.1, excluye la conclusión de culpabilidad fuera del procedimiento penal ante el tribunal competente, independientemente de las garantías procesales en dicho procedimiento paralelo y a pesar de las consideraciones generales de oportunidad, *Idem*, apartados 65 y 67.

¹⁸ STEDH (Sección 4ª), de 25 de abril, de 2006, apartado 51.

¹⁹ *Idem*, apartado 52.

²⁰ STEDH (Sección 1ª), 17 de octubre de 2002, apartado 19. En el caso juzgado lo decisivo fue que tanto el Tribunal Regional de Wels, como el Tribunal de apelación de Linz, hicieron afirmaciones en el proceso por indemnización tras la sentencia absolutoria firme de la demandante, expresando su punto de vista de que continuaba habiendo sospechas sobre ella, y por tanto, arrojando dudas sobre su inocencia.

sin haber sido anteriormente declarado éste culpable de acuerdo con la ley²¹.

Para conseguir ese objetivo de amplio alcance, se hace imprescindible acudir a una pléyade de derechos. Me refiero, por ejemplo, al derecho del acusado a guardar silencio, a no confesarse culpable, a no levantar la carga de la prueba, a soportar la prisión provisional durante un plazo de tiempo razonable, etc. Podría decirse que la presunción de inocencia actúa a modo de paraguas bajo el que se cobijan todos estos otros derechos. Así, si cualquiera de ellos es violentado, la consecuencia será una vulneración del derecho que examinamos.

Por otro lado, existen otros derechos que en modo alguno integran el que examinamos. No obstante ello, se puede observar que el ejercicio de los mismos eventualmente repercute en el derecho a la presunción de inocencia. Hablamos ahora de derechos y libertades como, por ejemplo, el derecho a la información como ejercicio de la libertad de expresión. Los límites de unos y otros deben precisarse para lograr una coexistencia exenta de fricciones.

Se requiere, pues, distinguir entre los derechos integrantes de la presunción de inocencia y los colindantes con ella.

2.3.1. Derechos integrantes.

De entre los derechos que denominamos integrantes vamos a reseñar en esta aproximación dos. A saber; el derecho a guardar silencio y el derecho a no confesarse culpable. Ambos derechos no parecen expresamente mencionados en el texto del Convenio de Roma. La jurisprudencia del TEDH ha tenido, no obstante, oportunidad de referirse a ellos considerándolos como derechos indisolublemente unidos a la misma idea de presunción de inocencia.

Así, por ejemplo, la STEDH (Sección 4ª), de 21 de diciembre de 2000, se pronuncia al respecto.

El caso trae causa de una sentencia de condena a un ciudadano irlandés como colaborador del IRA y basada en declaraciones del acusado obtenidas bajo coacción en el transcurso del interrogatorio policial. En concreto en el caso referido el demandante alegó que el art. 52 de la Ley de 1939²² vulneró

²¹ STEDH (Sección 3ª), de 21 de marzo de 2000, apartado 31.

²² El art. 52 de la Ley de 1939 dice lo siguiente: « 1. Si una persona es detenida preventivamente en virtud de las disposiciones que a ese respecto contiene la Sección IV de esta Ley, cualquier miembro de la policía podrá solicitar a dicha persona, en cualquier momento mientras dure la detención, una explicación completa de sus movimientos y acciones en un período concreto

sus derechos a guardar silencio, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.

El TEDH recuerda su constante jurisprudencia con respecto a que el derecho a guardar silencio y a no confesarse culpable, aunque no expresamente mencionados en el art. 6 del Convenio, son normas reconocidas internacionalmente, que residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo. La razón descansa *inter alia* en la protección del acusado contra la coacción abusiva de las autoridades y con ello contribuir a evitar errores judiciales y garantizar el resultado perseguido por el art. 6 del Convenio²³.

Concretamente el derecho a no confesarse culpable presupone que, en asuntos penales, la acusación intente buscar su argumentación sin recurrir a elementos de prueba obtenidos bajo constricción o presiones, o con desprecio de la voluntad del acusado. En este sentido este derecho está estrechamente ligado a la presunción de inocencia contenida en el art. 6.2 del Convenio. El derecho a no confesarse culpable está relacionado con el respeto de la voluntad de un acusado a guardar silencio²⁴.

A pesar de que el TEDH admite que los derechos a guardar silencio y a no confesarse culpable no son absolutos y pueden verse limitados, la limitación no puede ser tal que los vacíe de contenido.+

Por tanto el Tribunal declara que el grado de coacción sufrido por el demandante en aplicación del art. 52 de la Ley de 1939 de cara a obligarle a facilitar información sobre las acusaciones que recaían sobre él en virtud de dicha Ley, destruyó la misma esencia de sus derechos a no confesarse culpable y a guardar silencio. Explica que el interés del Gobierno por la seguridad y el orden públicos no justifica una disposición que suprima la esencia misma de los derechos del demandante²⁵.

Concluye el Tribunal admitiendo la violación de los derechos a los que nos estamos refiriendo y dada su estrecha relación con la presunción de inocencia, también concluye que hubo violación de esta última²⁶.

y toda la información que posea en relación con la comisión o intento de comisión por parte de otra persona de un delito previsto por esta ley. 2. Si una persona, a la que, en virtud del apartado anterior, un miembro de la policía le ha solicitado la información mencionada en dicho apartado, se niega a facilitarla o le proporciona alguna información falsa o errónea, será culpable de un delito en virtud de dicho artículo y será susceptible de una condena de hasta seis meses de cárcel».

²³ STEDH (Sección 4ª), de 21 de diciembre de 2000, apartado 40.

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Idem*, apartados 56 y 59.

²⁶ *Idem*, apartado 60.

2.3.2. Derechos colindantes.

Como indicábamos *supra*, el derecho a la presunción de inocencia, además de desglosarse en otros derechos que lo integran, tiene relación con otros derechos y libertades adyacentes. Así sucede en el caso de la libertad de expresión y, en concreto, con una de sus principales manifestaciones, el derecho a la información.

Cuando en el ejercicio del derecho a la información se hace necesario abordar la relativa a un proceso penal, no es inusual que surjan tensiones entre ese derecho que ejerce el periodista²⁷ y la presunción de inocencia de las personas que estén relacionadas con la noticia.

En ocasiones el derecho a la información debe ceder ante la presunción de inocencia. En otras, sin embargo, es la presunción de inocencia la que debe otorgar espacio al derecho a la información.

Como ejemplo de esto último valga, por todas, la STEDH (Sección 3ª), de 3 de octubre de 2000.

En este supuesto los recurrentes son periodistas franceses que publican un artículo informando acerca de la querrela con demanda de indemnización de daños y perjuicios, que se presentó contra el dirigente de una sociedad pública por presunto fraude. El objeto de la sociedad pública era la gestión de residencias de alojamiento a emigrantes.

El artículo se publica antes de conocerse la sentencia, mientras el asunto está *sub iudice*.

En aplicación del art. 2 de la Ley de 2 de julio de 1931, el Tribunal Correccional de París reconoce la culpabilidad de los demandantes y les condena a una pena de 3000 francos franceses de multa. Según este artículo «Está prohibido publicar, con anterioridad a que se dicte la sentencia, cualquier información relativa a demandas de indemnización de daños y perjuicios (...) bajo pena de una multa de 120.000 francos franceses(...)». Posteriormente el Tribunal de Apelación de París confirma la culpabilidad de los demandantes. Ambos tribunales están de acuerdo en desechar la argumentación de la defensa en virtud de la cual el art. 10 del CEDH relativo a la libertad de expresión y la Ley de 2 de julio de 1931, serían incompatibles. Según el Tribunal de

²⁷ Sin olvidar que la beneficiaria es la sociedad entera para la que la información resulta accesible.

Apelación de París, la ley tiende a proteger a las personas objeto de una querrela, a garantizar la presunción de inocencia y a prevenir cualquier influencia sobre la justicia. Concluye que la restricción es proporcionada al fin perseguido²⁸.

La argumentación del TEDH difiere bastante de la realizada por los órganos jurisdiccionales franceses. En efecto, según el Tribunal la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática. No sólo comprende las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también aquéllas que chocan, ofenden o inquietan: así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática^{29 30}.

La prensa juega un papel esencial en una sociedad democrática. A ella le corresponde, dentro del respeto de sus deberes y responsabilidades, comunicar informaciones e ideas, sobre todas las cuestiones de interés general. La libertad de prensa incluye también el uso de una cierta dosis de exageración, incluso de provocación.

La necesidad de una restricción cualquiera al ejercicio de la libertad de expresión debe ser probada de manera convincente. Cuando se trata de la prensa, el poder de apreciación nacional choca con el interés de la sociedad democrática en garantizar y mantener la libertad de prensa³¹.

Ciertamente, prosigue, el TEDH, los periodistas que redactan artículos sobre procedimientos penales en curso no deben franquear los límites fijados para una buena administración de la justicia, y deben respetar el derecho de un acusado a la presunción de inocencia. Sin embargo en este caso la injerencia litigiosa consiste en una prohibición absoluta y general que incluye cualquier tipo de información. En esas circunstancias la condena a los periodistas no constituye un medio razonablemente proporcionado para la consecución de los fines legítimos contemplados³².

3.- Una reflexión provisional.

Dado el carácter y extensión de este trabajo, la reflexión a la que a continuación me refiero no puede ser más que interina, de modo que con

²⁸ Apartados 14, 16 y 19.

²⁹ Apartado 27, i.

³⁰ Apartado 27, ii.

³¹ Apartado 27, iii.

³² Apartados 34, 35 y 37

esa limitación la planteo. Deberá, pues, ser verificada cuando proceda a un estudio más exhaustivo de la materia.

A lo largo de la lectura de las sentencias que el TEDH ha dictado con relación al derecho a la presunción de inocencia, no he podido dejar de advertir la exquisitez de sus argumentaciones jurídicas. En opinión del Tribunal, se puede sospechar la culpabilidad, incluso se pueden tener indicios racionales y fundados de la misma, pero no pueden mencionarse en una decisión que se toma con carácter previo a la declaración legal de la culpabilidad, so pena de vulnerar el derecho a la presunción de inocencia. El Tribunal puede dudar seriamente de la inocencia de una persona, eso puede pesar en su ánimo, pero no puede cometer el error de manifestar a las claras lo que piensa.

Me pregunto, si en la actualidad y teniendo en cuenta los graves peligros que amenazan la sociedad democrática y plural que el propio TEDH intenta garantizar³³, no debiera procederse a una revisión de algunos de los pilares básicos del proceso penal en Europa, como es este derecho a la presunción de inocencia³⁴. Quizás podrían considerarse determinados supuestos en los que el principio no se interpretara en forma tan rígida que parece atentar, a veces, contra la propia lógica humana.

En la sociedad actual mantener incólume un principio pensado para otra en la que determinadas actuaciones del ser humano eran impensables por impracticables, supone restar muchas posibilidades de actuación eficaz del proceso penal. En este sentido, me parecen dolorosamente lúcidas las palabras de una periodista y escritora recientemente fallecida que escribió que cuánto más democrática y abierta es una sociedad, tanto más expuesta está al terrorismo, cuánto más libre es un país, cuánto menos tolera las medidas policiales, tanto más padece o se arriesga a padecer secuestros y masacres³⁵.

Sus palabras son aplicables a otras formas de criminalidad organizada y a la delincuencia informática a través de Internet. Desvirtuar la presunción de inocencia en esa clase de delitos resulta una tarea, muchas veces agotadora y demasiadas veces improductiva.

Creo que deberíamos hacer lo posible para conjurar esos riesgos a través de instrumentos que, sin dejar de ser respetuosos con la presunción de inocencia, hagan más realistas nuestros sistemas de enjuiciamiento penal.

³³ En especial el terrorismo a gran escala y la delincuencia informática a través de Internet.

³⁴ No sería la primera vez y seguramente tampoco sería la última. En nuestro derecho español el tribunal Constitucional lo ha hecho respecto de la doctrina en torno a la prueba ilícitamente obtenida, flexibilizando su entendimiento.

³⁵ FALLACI, Oriana, *La rabia y el orgullo*, Madrid, 2002, pág. 64.

EL TRATADO BOLIVIANO – CHILENO DE 20 DE OCTUBRE DE 1904. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Marcelo Ostría Trigo*

SUMARIO: 1.- Nota Preliminar. 2.- Los Tratados Internacionales. 3.- El tratado de 20 de Octubre de 1904. 4.- El camino de la revisión del tratado de 20 De Octubre de 1904. 5.- Conclusiones.

1.- Nota Preliminar.

Con frecuencia, cuando se trata de la mediterraneidad de Bolivia, aparecen Copiniones que propician que se presente una demanda de nulidad del Tratado de Paz y Amistad, suscrito por Bolivia y Chile en Santiago el 20 de octubre de 1904, que consolidó la conquista chilena del territorio costero boliviano ocupado por las fuerzas chilenas en la Guerra del Pacífico de 1879. Se menciona, en apoyo de este criterio, una causa fundamental: el vicio del consentimiento que significa el empleo de la fuerza y las amenazas que obligaron a Bolivia a aceptar la suscripción de un tratado de límites que consagra la cesión territorial en favor de Chile, a cambio de compensaciones que, como se sabe, fueron muy poco equivalentes.

Una eventual demanda de nulidad del Tratado de 1904 –aun sin precisar ante qué instancia sería pertinente plantearla– aparentemente podría constituir un camino adecuado para la solución de la mediterraneidad de Bolivia. En efecto, cuando se cuenta con argumentos respaldados por hechos y evidencias incuestionables, en este caso la violencia y la amenaza, es comprensible que se aconseje demandar la nulidad de un pacto.

Pero cuando se trata de concretar una política revisionista de la situación creada por el Tratado de 1904, interponiendo una demanda de nulidad, surgen obstáculos difíciles de salvar. Esta comprobación no significa ignorar por anticipado la justicia de un planteamiento de esta naturaleza, sino que resulta de la necesidad de estudiar cuidadosamente esta posibilidad con dos líneas de razonamiento: la una, estrictamente técnico–jurídica, basada en principios universales reconocidos y en las normas internacionales en vigencia; y, la otra, considerando las peculiaridades del Derecho Internacional Público y, a

* **Marcelo Ostría Trigo**, es abogado y diplomático.

la vez, tomando en cuenta el grado de avance de esta rama jurídica en los ciento veinticinco años que han transcurrido desde la suscripción del Tratado de 1904.

*

Este breve ensayo no constituye –ni esa es la intención– un estudio de todos los aspectos jurídicos que son aplicables a la hora de considerar la actual mediterraneidad a la que se ha confinado a Bolivia. Este trabajo es sólo un primer acercamiento al tema, en el afán de lograr ciertos esclarecimientos necesarios. Resulta conveniente mencionar, asimismo, que en esta presentación no fue posible dejar de considerar los aspectos políticos de la cuestión, los que, como es frecuente en otros asuntos internacionales, predominan sobre los estrictamente jurídicos.

Una advertencia adicional: Para considerar los aspectos jurídicos en este asunto, se parte de un hecho incontrastable: Bolivia nació a la vida independiente con un territorio costero bajo su soberanía. No habrá, por tanto, mención a la majadería de ciertos historiadores chilenos que sostienen que Bolivia nunca tuvo acceso al Océano Pacífico. En un notable trabajo, el que fue diplomático e historiador, don Juan Siles Guevara¹, expone contundentemente, como lo hicieron muchos otros esclarecidos bolivianos, nuestros títulos sobre el territorio del Litoral. Esto exime de insistir en un alegado y en una exposición más de los derechos originales.

2.- Los Tratados Internacionales.

Una definición comúnmente aceptada de los tratados internacionales (la principal fuente del Derecho Internacional) es la que figura en el numeral 2, Parte Primera, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969 y que entró en vigor el 27 de enero de 1980, bajo el auspicio de la Organización de las Naciones Unidas.

“2. Términos empleados.

1.- Para los efectos de esta Convención:

a) Se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en

¹ **JUAN SILES GUEVARA.** *“Ensayo crítico sobre ‘Chile y Bolivia. Esquema de un proceso diplomático’ de Jaime Eyzaguirre”*. Quinta edición. Coedición de la Universidad Mayor de San Andrés e ILDIS. La Paz, 1993.

El Tratado boliviano - chileno de 20 de Octubre de 1904

un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular.”

El profesor Charles Rousseau, ofrece esta definición de los tratados internacionales: “*Cualquiera que sea su denominación, el tratado internacional se nos aparece como un acuerdo entre sujetos del derecho de gentes² destinado a producir determinados efectos jurídicos³”.*

El profesor César Sepúlveda, afirma: “*Los tratados son por excelencia la manifestación más objetiva de la vida de relación de los miembros de la comunidad internacional. Pueden definirse, en sentido amplio, como los acuerdos entre dos o más Estados soberanos para crear, para modificar o para extinguir una relación jurídica entre ellos⁴”.* Habrá que mencionar que los tratados también son los suscritos por otros sujetos internacionales recientemente reconocidos en esta calidad, como los organismos internacionales.

Como se podrá apreciar, en términos generales hay acuerdo entre los tratadistas y el derecho positivo (Convención de Viena sobre los Tratados) en la definición y concepto de lo que se debe entender por tratado internacional.

Por otra parte, un tratado, para su conclusión⁵, supone varias fases: la negociación, la firma y la ratificación según el procedimiento constitucional que establezca el ordenamiento jurídico interno de las partes. Sobre la negociación no existen normas definidas, aunque generalmente éstas se desarrollan entre agentes diplomáticos de las partes. En algunos casos, especialmente en convenios comerciales y de integración, se ha hecho frecuente que las negociaciones sean encomendadas a técnicos y especialistas. En realidad, la negociación de un tratado es una fase preliminar de la que no nacen obligaciones pues el vínculo jurídico se establece con la firma y la ratificación.

A los efectos de este trabajo, no se examinan las diversas clases de tratados,

² “...la designación derecho de gentes, rica en connotaciones emocionales, y aunque menos técnica que aquella (derecho internacional), resulta más generalizada. En esta obra se empleará (derecho de gentes) como sinónima (de derecho internacional). **César Sepúlveda**. *Curso de Derecho Internacional Público*. Sexta edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974. Pág. 3.

³ **CHARLES ROUSSEAU**. *Derecho Internacional Público*. 3ra. edición de la versión castellana. Ediciones Ariel. Barcelona, 1966. Pág. 23.

⁴ **CÉSAR SEPÚLVEDA**. Op. cit. Pág. 116.

⁵ El término “conclusión” se emplea como la terminación de las fases que se siguen en la concertación de un tratado: negociación, firma, cuando corresponda, pues hay instrumentos válidos como las notas reversales, ratificación y canje de los instrumentos de ratificación.

según los temas, el número de signatarios, las distintas denominaciones que son usuales, las diferentes formas de su conclusión, etc.

3.- El tratado de 20 de Octubre de 1904.

Desde el punto de vista formal, el tratado suscrito en Santiago de Chile, por el que Bolivia cede a Chile a perpetuidad el territorio costero con que nació a la vida independiente, cumplió con los requisitos generalmente establecidos.

Uno de esos requisitos consagrados para la validez de los tratados es que, quienes los firman cuenten con la expresa representación de su gobierno. El poder otorgado a quien está encargado por su país para suscribir un tratado, se consigna en un documento –plenipotencia o plenos poderes– autorizado y suscrito por el respectivo Jefe de Estado que es el conductor de las relaciones exteriores de su país.

Para la suscripción del Tratado de Paz y Amistad de 20 de octubre de 1904, el Presidente de la República de Bolivia otorgó plenos poderes al Plenipotenciario don Alberto Gutiérrez y el Presidente de Chile al Ministro de Relaciones Exteriores don Emilio Bello Codesido. Conforme a la práctica establecida, a la firma del tratado, se canjearon los respectivos plenos poderes “*hallándolos en buena y debida forma*”⁶.

Pese a que las formas en el Tratado fueron inobjetables a la firma del tratado, surgió una importante cuestión referida al territorio comprendido entre los paralelos 23 y 24. En efecto, el artículo 2° establece que “...*quedan reconocidos de dominio absoluto y perpetuo de Chile los territorios ocupados por éste en virtud del artículo 2° del Pacto de Tregua de 4 de abril de de 1884*”. Inmediatamente fue advertido que no se mencionaba expresamente el territorio comprendido entre los mencionados paralelos, aunque se indicaba que el tratado se refería al “*dominio absoluto y perpetuo de Chile los territorios ocupados por éste...*”. Esto fue resuelto a menos de dos meses de la suscripción del Tratado. Recientemente se expuso nuevamente la cuestión, como un punto que podría favorecería a Bolivia en la recuperación de ese territorio, presuntamente no cedido a Chile por el Tratado de 1904. Quizá por falta de difusión se desconocía que hubo una posterior aclaración. En efecto, el 15 de noviembre de 1904, en el Acta Aclaratoria del Tratado de Paz y Amistad entre Chile y Bolivia, suscrita en Santiago por el Ministro de Relaciones

⁶ Párrafo cuarto del Preámbulo del Tratado de 1904.

El Tratado boliviano - chileno de 20 de Octubre de 1904

Exteriores de Chile, don Luis A. Vergara y el Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de Bolivia en Chile, don Alberto Gutiérrez, se recoge lo expuesto por el representante boliviano, en sentido de que “...*debidamente autorizado por su Gobierno, no tenía inconveniente para hacer la declaración pedida por el señor Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, esto es, que el Gobierno de Bolivia reconoce el dominio absoluto y perpetuo de Chile en el territorio situado entre los paralelos 23 y 24 de latitud meridional, desde el mar hasta el actual deslinde con la República Argentina*”. En realidad, de no darse la aclaración, Bolivia quizá hubiera podido jurídicamente, pero siempre en el campo teórico reclamar soberanía sobre el territorio mencionado, aunque hubiera supuesto una solución de continuidad del territorio chileno, sin conexión con Bolivia.

La otra cuestión es mucho más importante y dramática. El Tratado de 1904 fue producto de la imposición, respaldada por la fuerza; fue el resultado de la conquista y suscrito cuando Chile ocupaba militarmente el territorio que fuera incuestionablemente boliviano. Claro que hay chilenos, que sostienen majaderamente que el Tratado de 1904 no fue resultado de la presión y la amenaza, puesto que, cuando se suscribió –dicen– no había tropas chilenas en territorio boliviano. La distorsión, se hace notoria ante la evidencia, reconocida aún en el tratado de 1904: “... *quedan reconocidos del dominio absoluto de Chile los territorios ocupados por éste...*”. Pero es más: Chile, en el tiempo en que se negoció, suscribió y ratificó el mencionado tratado, ocupaba por la fuerza con pleno control militar, como resultado de una guerra, el territorio boliviano del Litoral y sus poblaciones y puertos como Antofagasta, Mejillones y Tocopilla y la población de Calama. Aunque con diferentes connotaciones a las que tienen los pactos en el derecho común⁷, es inobjetable que hubo violencia y, por tanto, un vicio en el consentimiento. Se trató, en efecto, del consentimiento dado por una Nación amenazada, como lo prueba la nota de 13 de agosto de 1900 enviada al Gobierno de Bolivia por el representante diplomático chileno en La Paz, Abraham König. He aquí algo de lo dicho en esa carta:

“En tiempo de guerra, las fuerzas de Chile se apoderarían –ostensible amenaza– del único puerto boliviano con la misma facilidad con que ocuparon todos los puertos del litoral de Bolivia de 1879.

“...sabido es de todos los que conocen los recursos de mi país –Chile–, que

⁷ “La regulación de los vicios del consentimiento en el Derecho de los tratados no está tan desarrollado como en el Derecho privado de los contratos”. **Natividad Fernández Sola**. Profesora de Derecho Internacional Público. Universidad de Zaragoza, España.

su poder ofensivo se ha centuplicado en los últimos veinte años”.

“No podemos esperar más (la cesión territorial en favor de Chile). El Gobierno y el pueblo de Chile consideran que han esperado con paciencia”.

“Chile ha ocupado el litoral y se ha apoderado de él con el mismo título con que Alemania anexó al imperio la Alsacia y la Lorena, con el mismo título con que los Estados Unidos de América del Norte han tomado a Puerto Rico. Nuestros derechos nacen de la victoria, la ley suprema de las naciones.

“Que el litoral es rico y vale millones, eso ya lo sabíamos. Lo guardamos porque vale; que si nada valiera, no habría interés en su conservación”.

“Terminada la guerra, la nación vencedora impone sus condiciones y exige el pago de los gastos ocasionados. Bolivia fue vencida, no tenía con qué pagar y entregó su litoral”.

Nada más claro que lo anterior que es históricamente cierto, que prueba que la usurpación se consolidó bajo amenazas chilenas para obtener la suscripción de un tratado. Hay, aun, otros elementos, que la historia recoge como pruebas de la brutal conducta internacional del Chile de ese tiempo. Consecuentemente, resulta claro que el Tratado de Paz y Amistad suscrito entre Bolivia y Chile el 20 de octubre de 1904, fue producto de la conquista territorial por la fuerza y de las amenazas. En suma hubo claros vicios del consentimiento.

Aunque lo anterior constituye una evidencia, el avance del derecho internacional y, en especial, del derecho de los tratados, no siempre es –por increíble que parezca al jurista– una causal para invocar la nulidad de lo pactado.

Y no es que no se haya intentado este camino.

4.- El camino de la revisión del tratado de 20 De Octubre de 1904⁸.

a) Demanda de nulidad del Tratado de 1904 ante organismos internacionales

Habrà que recordar que el artículo 19 del Tratado de Versalles que constituyó la Liga de las Naciones, expresaba: *“De tiempo en tiempo, la Asamblea podrá*

⁸ **MARCELO OSTRIA TRIGO.** *“Temas de la Mediterraneidad”.* Extracto del capítulo II. Edición de FUNDEMOS. La Paz, julio de 2004. Págs. 43 a 54.

invitar a los Estados miembros de la Liga a proceder a un nuevo examen de los tratados que hayan llegado a ser inaplicables, así como de las situaciones internacionales cuyo mantenimiento pudiera poner en peligro la paz del mundo”.

Entre las atribuciones de dicho organismo, no figuraba la de revisar, *per se*, un tratado internacional; lo que sí estaba entre sus facultades, era “*invitar a los Estados*” a “*un nuevo examen*”. Y como la demanda era la revisión por parte de la organización internacional, no fue sorprendente que según el criterio de la comisión creada para estudiar la demanda –como había sido planteada– ésta resultara inadmisibile “*porque la Asamblea de la Sociedad de las Naciones no puede modificar por sí misma ningún pacto y porque la revisión de los tratados es de la sola competencia de los Estados contratantes*”.

Jorge Escobari Cusicanqui –seguramente recogiendo una referencia del miembro de la delegación boliviana a la Asamblea de la Liga, Carlos Víctor Aramayo, en sentido de que el fallo sólo se centró en una cuestión de procedimiento–, afirma que la comisión nombrada por la Asamblea de la Liga de las Naciones, “*fundó su informe desfavorable en la forma..., sin llegar a pronunciarse sobre el fondo de la misma*”⁹. No hay tal. El texto del informe de la comisión, cuando menciona que “*tal como ha sido presentada la demanda de Bolivia*”, se refiere a una demanda (la boliviana) orientada a que sea el propio organismo el que resuelva el tema. En efecto “*para obtener de la Liga de las Naciones la revisión de Tratado de Paz...*”, decía la demanda boliviana, o sea que se pedía que sea este organismo el que decida la revisión del Tratado de 1904, sin promover, como lo disponía el Tratado de Versalles, la aprobación de una invitación de la Asamblea para que los propios países signatarios del Tratado impugnado consideren la revisión del mismo.

Por otra parte, el informe de la comisión añade que una eventual invitación solamente “*puede hacerse en los casos en que los tratados se han hecho inaplicables*”, como lo establece el citado artículo 19 del Tratado de Versalles, y resultaba difícil demostrar que un tratado de límites, como el de 1904, había dejado de ser aplicable.

En definitiva, el dictamen de la comisión fue contundente: los organismos internacionales –en el caso la Sociedad de las Naciones– no pueden modificar un pacto internacional suscrito por dos o más Estados, prescindiendo de la voluntad de sus signatarios.

⁹ **JORGE ESCOBARI CUSICANQUI.** “Historia Diplomática de Bolivia. Tomo 1º. Consejo Nacional de Educación Superior. La Paz. Pág. 130.

Por otra parte, como frecuentemente ha sucedido en el manejo de los asuntos internacionales que ha encarado Bolivia, la decisión de presentar la demanda ante la Sociedad de las Naciones, no tuvo en consideración el clima prevaleciente en ese momento histórico que notoriamente era poco favorable para pretensiones revisionistas.

En las relaciones exteriores hay, como se ya se ha mencionado anteriormente en este trabajo, un decisivo componente político que frecuentemente se sobrepone a consideraciones jurídicas. Lo jurídico, en efecto, no siempre es reconocido en un mundo en el que no se ha llegado a la conformación de un ente con poderes supranacionales para resolver, por sí mismo, las controversias, entre ellas las limítrofes, si no se cuenta, para ello, con el asentimiento de las partes.

El argumento de que el tratado fue impuesto por la fuerza –aunque ampliamente conocido y probado– no resultó convincente para la Sociedad de las Naciones. Se acababa de salir de la más terrible guerra librada hasta entonces y, como consecuencia de ella, se había establecido un estatuto territorial diferente al vigente antes de la llamada la “Gran Guerra” (luego se la conocería como la Primera Guerra Mundial).

Cuando se presentó la demanda boliviana ante la Sociedad de las Naciones, hay que reiterarlo, no había llegado el tiempo –aún no ha llegado– en que un organismo internacional tenga la facultad de restablecer el derecho o la justicia dañados por un tratado de límites impuesto por la fuerza.

La revisión de los tratados con la participación de los organismos internacionales, es un importante tema de debate en la doctrina del Derecho Internacional Público. Un claro criterio al respecto es el expuesto por el profesor Charles Rousseau: *“El problema que plantea la revisión de las normas convencionales es, en verdad, el problema fundamental del derecho internacional, ya que **para el jurista carece de sentido la noción de acto intangible**, tanto en el orden internacional como en el interno. Por ello no es posible silenciar el hecho de que el artículo 19 (del Tratado de Versalles) permaneció inaplicado, de modo sistemático, durante los veinte años de funcionamiento de la Sociedad de las Naciones y que, a partir de 1935, potencias interesadas en el mantenimiento del statu quo existente en Europa, se mostraron más dispuestas a admitir su cambio por medio de la fuerza que a aceptar voluntariamente su revisión pacífica¹⁰”*.

¹⁰ Charles Rousseau, Op. cit. Pág. 68.

El Tratado boliviano - chileno de 20 de Octubre de 1904

El avance que se esperaba tampoco se dio al término de un nuevo conflicto generalizado (la Segunda Guerra Mundial, 1939–1946). En la Carta de San Francisco que creó la Organización de Naciones Unidas, no hubo una repetición, aun tímida o limitada, de lo dispuesto por el artículo 19 del Tratado de Versalles. En efecto, no se incluyó ningún procedimiento para la revisión de los tratados, ni siquiera en la forma de recomendación o invitación a los Estados para que negocien el tema. Se limitó a que la Asamblea General puede “recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualesquiera situaciones... que pudieran perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre las naciones...” (Artículo 14 de la Carta). El artículo 12, numeral I, a este respecto establece una disposición aún más restrictiva: “Mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna la Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación”.

La anodina norma de la Carta de las Naciones Unidas, también es comentada por el Profesor Charles Rousseau: “Por desgracia, la experiencia de la primera posguerra no parece haber servido de mucho, ya que, a diferencia del Pacto de la S. de N. –que por lo menos había previsto un mecanismo de revisión– la Carta de las Naciones Unidas no ha incluido en su texto ningún procedimiento de modificación de los tratados”. Y lo que resulta más preocupante: “En estas condiciones es de temer que la inevitable adecuación del derecho a la realidad acabe efectuándose, tarde o temprano, con procedimientos extrajurídicos, en detrimento del derecho y de la paz”¹¹.

*

La revisión del Tratado de 1904, por decisión o fallo de una instancia internacional, por ahora, está cerrada. Sólo quedarían, entonces, dos caminos: 1. Una negociación para revisar de mutuo acuerdo con Chile el Tratado de 1904, y 2. Una negociación que, sin modificar los términos de este Tratado, considere una solución práctica para ceder a Bolivia una franja territorial que la vincule con el Océano Pacífico.

Sin embargo, Chile en una errática posición, muchas veces ha cerrado la posibilidad de una revisión concertada por ambas partes, al afirmar que los tratados internacionales son, en cualquier circunstancia, totalmente intangibles e intocables. Esto no corresponde a la verdad, por lo menos jurídicamente, puesto que en el derecho internacional, cuya fuente prevaleciente son los

¹¹ Op. cit. Pág. 68.

acuerdos nacidos de la voluntad de las partes, la revisión siempre está abierta si se da un nuevo consentimiento. Pese a ello, en el siguiente apartado se trata someramente esta alternativa de negociación.

b) Eventual negociación directa, encaminada a la revisión del Tratado de 1904.

Sobre la posibilidad de revisión de tratados, con el acuerdo de las partes, hay infinidad de precedentes, inclusive en la historia de la delimitación de los territorios de Bolivia y Chile, anterior a la suscripción del Tratado de 20 de octubre de 1904. En realidad, el Tratado de 1904 es el resultado de una revisión –o sustitución, si se prefiere–, entre otros, del Tratado de 10 de agosto de 1866, que Bolivia y Chile suscribieron y ratificaron. En efecto, en el exordio de este tratado se afirma que ambas Repúblicas “*han acordado celebrar un tratado que zanje definitiva e irrevocablemente*” la fijación de sus respectivos límites territoriales.

Por el Tratado de Límites de 6 de agosto de 1874, Bolivia y Chile, se menciona que ambas partes “*han determinado celebrar un nuevo tratado de límites que modificando el celebrado en el año 1866...*”.

La revisión de los tratados fue aceptada desde que se inició la práctica de la suscripción de acuerdos entre los Estados, si se da la voluntad de las partes. Sin embargo, esto no coincide con la nueva prédica chilena: la intangibilidad de los tratados es absoluta, sin vuelta ni modificación, en ningún caso, ni aun con el consentimiento de las partes. Resulta claro que para Chile, tanto en 1874, que modificó el Tratado de Límites de 1866, y en 1904 que sustituyó el Tratado de 1874, fue aceptable revisar o modificar, y jurídicamente adecuado, un tratado de límites, porque favorecía sus intereses.

Bolivia, en el pasado, intentó negociar una revisión concertada con Chile del Tratado de 1904. En 1923, el enviado de Bolivia, Ricardo Jaimes Freire, propuso la revisión, la que fue rechazada por el Gobierno de Chile.

Muchos años después, se dio una actitud desconcertante, aunque no prevaleció ni llegó a constituir un planteamiento formal: En el IX Período de Sesiones de la Asamblea General de la OEA celebrado en La Paz en octubre de 1979, el entonces Presidente interino de Bolivia, don Walter Guevara Arze, pronunció un discurso, en el que, entre otros temas, afirmó: “*Los Tratados, como todos los actos humanos, son susceptibles de cambio y revisión para acomodar las cosas a las realidades contemporáneas. Nuestro planteamiento*

*formal, que no es una aspiración, se dirige a lograr la **sustitución** de aquellos Tratados que determinaron nuestra mediterraneidad por otros que respondan a los intereses permanentes, más bien que las circunstancias de los respectivos pueblos”.*

El enfoque jurídico del mandatario boliviano, ciertamente coincidía con la línea de pensamiento del Profesor Rousseau, antes citado y que vale la pena repetir: “*El problema que plantea la revisión de las normas convencionales es, en verdad, el problema fundamental del derecho internacional, ya que para el jurista carece de sentido la noción de acto intangible, tanto en el orden internacional como en el interno*”. Pero lo notorio y curioso es que Guevara Arze se refirió a “*nuestro planteamiento formal... para la **sustitución** de aquellos Tratados que determinaron nuestra mediterraneidad*”, planteamiento que –fuera del discurso presidencial– no fue presentado a la Asamblea General de la OEA por la delegación boliviana encabezada por el canciller de entonces, Gustavo Fernández Saavedra. En cambio, se presentó un proyecto de resolución instando a Chile y Bolivia a negociar para que Bolivia obtenga un “*acceso soberano y útil al océano Pacífico*”. El proyecto de resolución, al fin, fue formalmente propuesto por el canciller venezolano y aprobado por los representantes de América que estuvieron presentes a tiempo de su consideración.

¿Qué fue lo que determinó la incongruencia entre el discurso presidencial y la acción de la Cancillería? Quizá predominó, luego de un último análisis –por cierto posterior a la solemne declaración presidencial– el criterio realista de que el planteamiento de “sustitución” no habría concitado entonces el apoyo de los países de América. Walter Montenegro Soria revela que “*en las diversas tareas (seguramente de preparación de las negociaciones para obtener el apoyo mayoritario de los países de la OEA al proyecto de resolución que al fin fue aprobada) intervinieron personalmente el Canciller Fernández, el Subsecretario General Alfredo Jiménez C. y el propio presidente Guevara*”¹². Esto sugiere que el Presidente Guevara modificó su posición en este punto, cuya definición es y será esencial en la política boliviana a seguir en el empeño de resolver el problema de la mediterraneidad que enclaustra al país.

*

En los tres últimos intentos concertados entre Bolivia y Chile para negociar una solución de la mediterraneidad (1950, 1975 y 1987), no hubo proposición

¹² **WALTER MONTENEGRO S.** “Oportunidades perdidas” Editorial “Los Amigos del Libro”. La Paz, 1987. Pág. 176.

boliviana para revisar el Tratado de 1904, puesto que las fórmulas de solución negociadas no afectaban a ese Tratado. Es más, Bolivia, ante la falta del avance jurídico internacional que permita demandar la revisión de un tratado por un organismo internacional, no tuvo más remedio que actuar en el marco de los pactos suscritos¹³. Este es el caso de una eventual cesión de una salida soberana al mar por una porción del territorio de Arica, que requeriría un acuerdo peruano-chileno, en virtud del Protocolo Complementario al Tratado de Lima de 1929 que esos países tienen suscrito, pero no supondría modificación del Tratado boliviano-chileno de 1904.

Por otra parte, las disposiciones del Tratado de 20 de octubre de 1904 no tratan sobre los territorios que fueron arrebatados al Perú, colindantes con Bolivia. Cualquier arreglo en este ámbito, por tanto, caería en lo que dispone el Tratado de 1929 y su Protocolo Complementario, y este último prevé un procedimiento para la aceptación (del Perú o de Chile según se trate de Arica o Tacna) de una eventual transferencia a una “tercera potencia” (se refiere a Bolivia en el lenguaje diplomático de esa época), lo que no implica la revisión de ningún convenio internacional pactado por las tres naciones.

c) La Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados. Causas de nulidad de los tratados y procedimiento a seguir.

Respecto de la validez de los tratados, recientemente se han convenido reglas que han sido recogidas en la ya citada Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969 –entró en vigor el 27 de enero de 1980 a la trigésima quinta ratificación–, entre las que se destaca, precisamente, la que se refiere a la “nulidad o terminación de un tratado” por vicios del consentimiento.

Por otra parte, y esto es importante tomar en consideración, la Convención de Viena **no es retroactiva**¹⁴, por lo que sus normas –incluidas las que se

¹³ La Nota N° 9 dirigida el 20 de junio de 1950 por el Canciller de Chile al Embajador de Bolivia en Santiago, cuyo texto fue concertado con el Gobierno de Bolivia, dice: “... (de) la nota que contesto fluye que el Gobierno de Chile, **junto con resguardar la situación de derecho establecida en el Tratado de Paz de 1904**, ha estado dispuesto a estudiar en gestiones directas con Bolivia la posibilidad de satisfacer las aspiraciones del gobierno de V. E.... Y continúa: “(Mi gobierno) está llano a entrar formalmente en una negociación directa destinada a buscar la fórmula que pueda hacer posible dar a Bolivia una salida propia y soberana al océano Pacífico...”.

¹⁴ **Convención de Viena sobre derechos de los tratados**
Parte I

.....
4. Irretroactividad de la presente Convención.

Si perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los Estados están sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de

refieren a las causas de la nulidad de los tratados– **no son aplicables** al Tratado boliviano – chileno de 20 de octubre de 1904. Sin embargo, vale la pena mencionar esas disposiciones sobre la nulidad de los tratados¹⁵:

“Parte V.

“Sección Segunda

“52. Coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza. Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.”

En la Parte V, Sección Cuarta, numeral 65 de la Convención se establece un procedimiento a seguir en una acción que tienda a anular un tratado por vicios del consentimiento.

5.- Conclusiones.

- 1° Para los propósitos de estas consideraciones jurídicas, aun siendo parciales, ya que no incluyen entre los sujetos del derecho internacional a los organismos internacionales, la definición de los tratados contenida en la Convención de Viena de 1969 resulta adecuada.
- 2° Los antecedentes históricos, y aún los documentos oficiales de Chile como la nota diplomática de 13 de agosto de 1900, son pruebas concluyentes de que éste país ejerció coacción sobre Bolivia, primero con el uso de la fuerza con la que ocupó territorios, y luego con ostensibles amenazas para obtener el asentimiento boliviano al Tratado de Paz y Amistad, suscrito entre ambos países el 20 de octubre de 1904.
- 3° Es improbable que prospere una demanda boliviana de revisión del Tratado de 1904 ante organismos internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, por que carecen de atribuciones para conocer los litigios relativos a

la Convención, **esta sólo se aplicará a los tratados que se han celebrado por los Estados después de la entrada en vigor (entró en vigor en 1980) de la presente Convención** respecto a tales Estados.

¹⁵ Hay juristas que afirman, pese a lo dispuesto en esta Convención, que *“los tratados de límites son intangibles y no son objeto de denuncia, ni tampoco de demanda ante la jurisdicción internacional”* (Juan Manuel Charry Urueña, constitucionalista colombiano)

la validez de los tratados. Esto se puso en evidencia con la demanda boliviana presentada ante la Sociedad de las Naciones en 1920. Los organismos internacionales vigentes no han incorporado disposiciones que les faculte para intervenir en una demanda de revisión de los tratados.

- 4° Por su parte, Chile rechaza cualquier posibilidad –incluida la negociada– de revisar el Tratado de 1904. Ahora sigue la curiosa tesis de que los tratados son intangibles e irrevisables, aun con el consentimiento de las partes signatarias. Consecuentemente, los caminos de la denuncia o de la demanda de nulidad e, inclusive, de la revisión concertada del Tratado del 20 de octubre de 1904, al parecer, están cerrados.
- 5° La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, establece que son nulos los tratados obtenidos por la fuerza o la amenaza. Inclusive fija un procedimiento a seguir para obtener la nulidad. Infortunadamente, esta Convención no es aplicable, por ser expresamente concebida como un conjunto de normas irretroactivas, es decir que no se aplicará a los tratados concluidos antes del 27 de enero de 1980 (fecha de entrada en vigor de la Convención).
- 6° Lo anterior, lleva a la conclusión de que, en actual grado de avance del derecho internacional, sólo queda a Bolivia, para resolver su enclaustramiento, el camino de la negociación directa, o sea el de los medios político – diplomáticos, para lograr que Bolivia obtenga de Chile un acceso soberano al océano Pacífico, sin revisar o modificar el Tratado de 1904, bajo condiciones que consulten los intereses de las partes. Esto supone una acción planificada y coherente de la diplomacia boliviana y de las instituciones nacionales que deben, en su caso, respaldar un esfuerzo de esta magnitud. Los medios a emplearse, en consecuencia, tendrán que ser los políticos y, para ello, serán necesarias unidad nacional y coherencia en el empeño.

Parece pertinente repetir, una vez más, aquello de que “...*hay algo más fuerte que la voluntad de los hombres y que acabará por imponerse el imperativo geográfico... Complemento esencial de la montaña es el mar y hacia éste acaba por abrirse paso, aunque para ello se requiera de siglos...*”¹⁶

¹⁶ ALBERTO OSTRIA GUTIÉRREZ.

EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA DE FUENTES: PROPUESTA DE ARTÍCULOS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE BOLIVIA

Horacio Andaluz*

SUMARIO: I. Introducción. II. Celebración de tratados. 1. Descripción General. 2. Utilización del término tratado. 3. Manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados. 4. Procedimiento formal de celebración de tratados. 5. Materias objeto del procedimiento formal. 6. Deber de informar. 7. Denuncia. 8. Suspensión. 9. Denuncia o suspensión de tratados celebrados por el procedimiento formal. 10. Manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados que afecten disposiciones constitucionales. III. Integración de las normas de derecho internacional en el orden estatal. 11. Descripción general. 12. Justificación de la fórmula. 13. Dualismo. 14. Monismo. 15. Integración de las normas de derecho internacional consuetudinario. 16 Integración de normas no consuetudinarias ni convencionales. 17. Integración de tratados. IV. Jerarquía de las normas de derecho internacional en el orden estatal. 18. Descripción general. 19. Justificación de la fórmula. 20. Relaciones entre fuentes (dualismo). 21. Jerarquía formal. 22. Jerarquía formal de las normas de derecho internacional. 23. Jerarquía material. 24. Control de la constitucionalidad. V. Reforma de la constitución. 25. Descripción general. 26. Justificación de la fórmula.

I. Introducción

Bolivia vive un proceso constituyente¹, y es la oportunidad para que el mundo académico cumpla con su cuota de responsabilidad, comidiéndose con determinados insumos que faciliten las tareas de quienes han recibido el mandato popular de elaborar una nueva Constitución. La presente propuesta de artículos constitucionales está referida a la relación entre el derecho internacional y el nacional, y se circunscribe al aspecto dinámico del derecho, a saber, lo vinculado a la producción, aplicación y ejecución del derecho, a la validez y vigencia de los sistemas jurídicos y de sus normas, y a la estructura del

* Abogado (Andaluz Abogados), Árbitro (Cámara de Industria, Comercio y Turismo de Santa Cruz), Profesor de Derecho (Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra), Master en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Universidad Complutense de Madrid), antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, Master of Laws (Harvard Law School). Publicaciones relevantes: *Bases jurídicas para la reintegración marítima de Bolivia* (UPSA, 2002, 403 pp.); *Positivismo normativo y Derecho Internacional* (Plural/CERID, 2005, 201 pp.); *Legislación internacional del Medio Ambiente, de Género y Generacional* (compilador) (MDS, 2005, 694 pp.); *El derecho de la sucesión de Estados* (Revista Boliviana de Derecho No. 4, julio 2007); *Crítica de juridicidad de un cuerpo normativo: el caso de la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria* (con ANDALUZ, Antonio) (ABEC/El País, 2007, 63 pp.). Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales.

¹ Artículo elaborado con motivo del proceso constituyente boliviano iniciado en agosto de 2006.

sistema de fuentes y las relaciones entre ellas. El ejercicio teórico ha consistido en procurar fórmulas estrictamente suficientes y de validez universal, por lo que se estima que en la propuesta están incluidos todos los aspectos dinámicos atinentes a las relaciones entre el derecho internacional y el interno que deben estar en toda Constitución, y no sólo en la boliviana. La propuesta contiene un artículo sobre la celebración de tratados, otro sobre la integración de las normas de derecho internacional al orden interno, un tercero sobre la jerarquía de las normas de derecho internacional en la estructura del derecho estatal, y un último sobre reformas a la Constitución en materias en que el Estado se encuentre vinculado internacionalmente. No han sido considerados los derechos subjetivos específicos contemplados en el derecho internacional, tal como el derecho de asilo —recogido por la Constitución en su texto de 1961 (artículo 18)—, pues, en primer lugar, los derechos subjetivos no corresponden temáticamente a la dinámica del derecho, sino a los conceptos jurídicos fundamentales, es decir, a aquellas categorías normativas sin las cuales no es posible concebir la existencia del derecho en ningún tiempo y lugar, como son las de deber jurídico, sanción y acción antijurídica; y, en segundo lugar, porque al ocuparse la propuesta de las normas de derecho internacional como fuentes de producción normativa en el nacional, quedan de suyo incorporados al elenco de derechos subjetivos del orden interno todos los del orden internacional.

La propuesta está organizada por artículos. Después de cada artículo se hace mención a los referentes relevantes del derecho comparado sobre la materia. Dichas referencias son presentadas en orden alfabético, según el Estado cuya Constitución ha sido consultada, correspondiendo los números consignados a los respectivos artículos constitucionales. Así, por Alemania 59 debe entenderse el artículo 59 de la Constitución alemana. El análisis de derecho comparado ha comprendido un total 37 constituciones (17 europeas y 20 americanas). El listado que sigue a cada artículo incluye tanto las constituciones concordantes como las discordantes con la fórmula propuesta. La motivación de cada artículo viene con párrafos numerados y titulados según el tema principal de cada uno de ellos.

II. Celebración de tratados

Artículo.

- I. La manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados será autorizada por ley en los siguientes casos:
 1. Tratados que versen sobre derechos humanos;

2. Tratados que involucren obligaciones financieras;
 3. Tratados que tengan carácter militar;
 4. Tratados que afecten la soberanía territorial o su ejercicio;
 5. Tratados que regulen materias reservadas por esta Constitución a las leyes;
 6. Tratados que exijan la modificación o abrogación de alguna ley, o que requieran de medidas legislativas para su ejecución.
- II. En los casos de tratados que versen sobre materias distintas a las enumeradas en el párrafo I, el Poder Legislativo será informado de la manifestación del consentimiento del Estado para obligarse a través de los mismos, así como, en su caso, de su denuncia o suspensión.
- III. Requieren de autorización por ley la denuncia o suspensión de los tratados autorizados por ley.
- IV. La manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados que afecten disposiciones constitucionales seguirá el procedimiento de reforma de la Constitución.

Derecho comparado. Párrafo I. Alemania 59; Argentina 75.22 (párrafo 1); Austria 50.1; Bélgica 77.6, 167.2, 167.3; Brasil 49.I, 84.VIII; Chile 32.16, 50.1; Colombia 150.16, 189.1, 224; Costa Rica 121.4, 140.9; Cuba 75.i y 90.m; Dinamarca 19.1; Ecuador 161, 171.12; El Salvador 131.7, 168.4; España 94.1; Estados Unidos II.2.2; Finlandia 33 (párrafo 1); Francia 53 (párrafo 1); Grecia 36; Guatemala 171.12, 183; Honduras 205.30; Irlanda 29.5.1; Italia 72 (párrafo 4), 87 (párrafo 8); Luxemburgo 37 (párrafo 1); Nicaragua 138.12, 150.8; Noruega 26 (párrafo 2); Países Bajos 91.2; Panamá 153.3, 179.9; Paraguay 202.9, 238.7; Perú 56, 102.3, 118.10; Portugal 138.b, 164.j; República Dominicana 37.14, 55.4; Suecia capítulo 10.2 (párrafos 1 y 3); Suiza 166 (párrafo 2), 184 (párrafo 2); Uruguay 85.7, 168.20; Venezuela 154, 187.18, 236.4.

Numeral 1. Colombia 93; Ecuador 161.5; Perú 56.1; España 94.1.c.

Numeral 2. Brasil 49.I; España 94.1.b; Francia 53 (párrafo 1); Guatemala 171.12.3; Honduras 245.13; Irlanda 29.5.2; Italia 80; Nicaragua 138.12; Perú 56.4.

Numeral 3. Ecuador 161.2; España 94.1.b; Honduras 245.13; Nicaragua 138.12; Perú 56.3; Portugal 164.j.

Numeral 4. Costa Rica 7 (párrafo 2); Dinamarca 19.1; Ecuador 161.1; España 94.1.c; Francia 53 (párrafo 1); Guatemala 171.12.2; Honduras 245.13; Italia 80;

Luxemburgo 37 (párrafo 5); Perú 56.2; Portugal 164.j.

Numeral 5. Chile 50.1 (párrafo 2); Guatemala 171.12.1; Portugal 164.j.

Numeral 6. Austria 50.2; Chile 50.1 (párrafo 2); Dinamarca 19.1; Ecuador 161.6; España 94.1.e; Finlandia 33 (párrafo 1); Francia 53 (párrafo 1); Guatemala 171.12.1; Honduras 245.13; Italia 80; Nicaragua 138.12; Perú 56 (párrafo 2); Suecia capítulo 10.2 (párrafos 1 y 2).

Parágrafo II. Francia 52; Noruega 75.g; Perú 57 (párrafo 1).

Parágrafo III. Argentina 75.22 (párrafo 2); Cuba 90.m; Dinamarca 19.1; España 96.2; Países Bajos 91.1; Perú 57.3 (párrafo 3).

Parágrafo IV. Austria 50.3, 44; Ecuador 162 (párrafo 3); España 95.1; Francia 54; Países Bajos 91.3; Paraguay 142; Perú 57 (párrafo 2); Portugal 279.4.

Motivación

1. *Descripción General.* En el plan temático del articulado constitucional referido al derecho internacional en el sistema estatal de fuentes, lo natural es que se comience con un artículo como el propuesto. El artículo norma el proceso de celebración de tratados en el derecho nacional y regula el ejercicio de competencias de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Por sus efectos es una norma de procedimiento legislativo.
2. *Utilización del término tratado.* Se usa la palabra *tratado* por cuanto su acepción jurídica en el derecho internacional es de carácter genérico, comprendiendo todas las formas históricamente adoptadas —o que se adoptaran— por las normas de derecho internacional convencional². El tratado es por naturaleza un acto jurídico (manifestación de voluntad que tiene por fin producir un efecto jurídico) al que el derecho internacional exige la forma escrita. Es indiferente al derecho internacional que el tratado adopte múltiples denominaciones³, pues lo cierto es que, bajo cualquiera

² La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969) sólo requiere que los tratados se expresen por escrito: “Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados [o entre éstos y organizaciones internacionales o entre éstas solamente] y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (artículo 2.1.a). Véase también la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (1986), aún no en vigor pero de aplicación consuetudinaria.

³ No sin razón REUTER hizo notar que no existe ninguna nomenclatura precisa para los tratados. Al parecer términos como tratado, convenio, acuerdo o protocolo son sinónimos, varían de país a país y varían de tratado a tratado. “La incertidumbre de la terminología es uno de los resultados del relativismo convencional” (Cfr. REUTER, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, 1ª edición, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 44). Por otro lado, el estudio de MYERS sobre el problema de la denominación de los instrumentos convencionales puso de relieve que las denominaciones usadas no son lo arbitrarias que suele creerse. Encontró

de ellas, los instrumentos constituyen por igual acuerdos de voluntades y están llamados por igual a generar determinados efectos jurídicos; lo que se condice con la entidad jurídica del concepto de tratado. Tampoco interesa al derecho internacional la forma en que el pacto quede escrito, siempre que exprese la intención de las partes de someter su acuerdo de voluntades al derecho internacional⁴. Además de ser lo propio, usar en el articulado constitucional la sola palabra tratado es también lo práctico, porque de lo contrario tendría que listarse en cada oportunidad todas y cada una de las denominaciones que suele adoptar en la práctica. De hecho, un error de larga historia en las constituciones de Bolivia fue hacer referencia a “tratados y convenios”⁵, fórmula impropia en la medida que para el caso tendría que listar todas las demás denominaciones referidas en la nota al pie 3, y que aún así podría estar dejando al margen algunas figuras, inclusive innominadas (como un acta contentiva de determinados acuerdos con imperio ejecutivo), que sin embargo en naturaleza jurídica fueran tratados. De manera que, por su carácter comprensivo, lo recomendable es usar en la nueva Constitución simplemente la palabra tratado.

3. *Manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados.* A tiempo de codificarse el derecho de los tratados existía cierta

que las denominaciones más frecuentes se orientan hacia dos grupos distintos: el grupo “tratado” que comprende “pacto”, “constitutivo”, “carta”, “estatuto”, “convenio”, “convención” y “declaración”, entre otros; y el grupo “acuerdo” que comprende “*arrangement*”, “compromiso”, “*modus vivendi*”, “canje de notas”, “memorandos de acuerdo”, “minuta aprobada”, además de otras. La elección de una denominación en particular viene determinada por la importancia del acuerdo, el uso de procedimientos formales o simplificados de celebración y la materia regulada (Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. - SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I. - SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés, *Curso de Derecho Internacional Público*, 2ª edición, Madrid, Civitas, 2002, pp. 175-176).

⁴ La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ha privilegiado siempre la intención de los Estados sobre la forma de los acuerdos. Así, en el asunto *Plataforma continental del Mar Egeo* (Grecia c. Turquía) (1978) la Corte concluyó que un comunicado conjunto por el que se sometía una controversia a arbitraje o arreglo judicial constituía un acuerdo internacional (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1978, p. 39). Y en el asunto *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein, competencia* (Qatar c. Bahrein) (1994), la Corte sostuvo que una minuta firmada por los ministros de relaciones exteriores de los Estados interesados no era una simple acta de reunión, sino un acuerdo que creaba derechos y obligaciones en el derecho internacional (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1994, p. 121).

⁵ El error de hacer referencia a los “tratados y convenios” viene de las reformas de 1839 (artículo 77.10), pero comenzó a gestarse en las de 1831, que hacían referencia a “las alianzas y toda clase de tratados” (artículo 36.9). Esta distinción es impropia, pues la alianza es un tratado con objetivos de ofensa o defensa militar, y es también ociosa, pues al referirse a “toda clase de tratados” no asigna, por razón de la materia, competencias distintas a cada uno de los órganos involucrados en la celebración de normas internacionales convencionales. También es impropia la fórmula del actual artículo 3 de la Constitución: “Las relaciones con la Iglesia Católica se regirán mediante concordatos y acuerdos entre el Estado boliviano y la Santa Sede”. En este caso el error se debe a las reformas de 1967. De 1967 también es la redacción actual del artículo 59.12 (“aprobar los tratados, concordatos y convenios internacionales”), que emplea tres palabras para designar lo mismo. El texto de 1826 de la Constitución estaba en lo correcto a referirse solamente a los “tratados públicos” (artículo 83.5).

resistencia hacía las nuevas formas de manifestación del consentimiento usadas en la práctica de los Estados. Pero la abrumadora cantidad de normas convencionales celebradas sin las formalidades de la ratificación, sugería la necesidad de adoptar una regla en el sentido de que fuese la voluntad de los Estados negociadores el elemento gravitante. Así surgió el artículo 11 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que alcanza tanto a las formas conocidas de manifestación del consentimiento⁶ como a las que fueron adoptándose en la práctica y las que en lo sucesivo se adoptaran, dado que, más allá de la denominación que se le asigne, es la manifestación del consentimiento en sí el dato jurídicamente relevante. Es en esa línea, y con pie en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que el artículo propuesto trabaja con la fórmula *manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados*. El referente directo de derecho comparado es la Constitución de España (artículo 94.I)⁷.

4. *Procedimiento formal de celebración de tratados*. Son los múltiples requerimientos de un mundo de creciente complejidad y dinamismo, los que en la actualidad le marcan el paso a las relaciones exteriores. Ello deriva en que los derechos nacionales establezcan procedimientos menos formales de celebración de tratados. De ahí que la exigencia de ratificación haya quedado reducida a los tratados que, por importar mayores responsabilidades para el Estado contratante, deben agotar la instancia congresal⁸. Así

⁶ Las formas de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado incluyen la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, artículo 11). Sobre el uso que reciben estas formas en la práctica internacional véase REUTER: "La expresión definitiva del consentimiento en obligarse se puede presentar en formas diversas, más o menos rápidas y que permitan referirse a la distinción de procedimientos cortos o largos. Sin embargo, tal distinción no puede tener para los tratados multilaterales rasgos tan marcados como para los tratados bilaterales. (...) nada impide a un Estado comprometerse definitivamente por una simple expresión del consentimiento en obligarse, como la firma, mientras que otros Estados no se obligan más que por la ratificación, pero sobre todo los tratados multilaterales abiertos tienen un procedimiento simple, pero tardío, de expresar el consentimiento en obligarse por un tratado: el consentimiento no pasa por un procedimiento previo como la firma y se expresa una vez por la adhesión (designada también por los términos accesoión, aceptación o aún aprobación, aunque este último término califique usualmente un acto posterior a la firma). En efecto, la firma es hecha normalmente a continuación de una negociación y el tratado multilateral abierto puede ser firmado hasta un tiempo después del acta final de la Conferencia; transcurrido un plazo razonable, es normal prever que los Estados que no han firmado prefieran dar su consentimiento en un solo acto y en forma definitiva: no tendría sentido darlo dos veces ya que el Estado tiene todo el tiempo necesario para tomar su decisión, y si lo necesita, satisfacer exigencias constitucionales complicadas" (REUTER, Paul, *Ob. Cit.*, pp. 60-61).

⁷ Constitución de España, artículo 94.I.: "La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos (...)"

⁸ Ya en 1991 SALAZAR PAREDES había sugerido la adopción de un procedimiento de celebración de tratados con mayor agilidad que la ratificación legislativa. Su propuesta consistía en el establecimiento de un procedimiento simplificado con participación de la Cámara de Senadores

usada, la ratificación dice del acto de derecho interno mediante el cual los órganos legislativos autorizan la celebración de tratados; lo que no debe confundirse con la ratificación según el derecho internacional, pues ésta es una forma de consentir en obligarse un Estado ante sus pares vinculados por el tratado, en tanto que la ratificación legislativa la precede a título de autorización a su Poder Ejecutivo, conforme a lo establecido por cada constitución, para que preste tal consentimiento. A pesar de que el uso de la ratificación de derecho interno viene de tan atrás que ya Grocio lo fundaba en la teoría del mandato, lo cierto es que no obedece a una norma de derecho internacional consuetudinario, por lo que los Estados son libres de regular la manera en que su voluntad social debe formarse. De modo que no hay razón jurídica para asumir que la celebración al margen de la ratificación legislativa afecta la validez internacional de un tratado. Por tal virtud, el parágrafo I del artículo propuesto regula el procedimiento de derecho interno de celebración de tratados en razón de su materia. En el derecho comparado es común emplear este criterio⁹, pues otros criterios,

(Cfr. SALAZAR PAREDES, Fernando, *Política Exterior, Relaciones Internacionales y Constitución*, La Paz, CERID, 1991, pp. 136-140).

⁹ Así ocurre, entre otras, en las constituciones de Alemania (artículo 59.2: "Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal, requieren la aprobación o participación del órgano legislativo apropiado, a través de una ley federal"), de Ecuador (Artículo 161: "El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales: 1. Los que se refieran a materia territorial o de límites. 2. Los que establezcan alianzas políticas o militares. 3. Los que comprometan al país en acuerdos de integración. 4. Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley. 5. Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos. 6. Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley"), de Francia (artículo 53: "Los tratados de paz, los tratados comerciales, los tratados o acuerdos relativos a la organización internacional, los que impliquen a la hacienda del Estado, los que modifiquen disposiciones de naturaleza legislativa, los relativos al estado de las personas, los que entrañen cesión, cambio o aumento del territorio, no podrán ser ratificados o aprobados sino en virtud de ley"), de Guatemala (artículo 171.12: [Corresponde al Congreso] aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando: 1. Afecten a leyes vigentes para las que esta Constitución requiera la misma mayoría de votos. 2. Afecten el dominio de la Nación, establezcan la unión económica o política de Centroamérica, ya sea parcial o total, o atribuyan o transfieran competencias a organismos, instituciones o mecanismos creados dentro de un ordenamiento jurídico comunitario concentrado para realizar objetivos regionales y comunes en el ámbito centroamericano. 3. Obliguen financieramente al Estado, en proporción que exceda al uno por ciento del Presupuesto de Ingresos Ordinarios o cuando el monto de la obligación sea indeterminado. 4. Constituyen compromiso para someter cualquier asunto a decisión judicial o arbitraje internacionales. 5. Contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional"), de Nicaragua (artículo 138.12: [Son atribuciones de la Asamblea Nacional] aprobar o rechazar los tratados, convenios, pactos, acuerdos y contratos internacionales: de carácter económico; de comercio internacional; de integración regional; de defensa de seguridad; los que aumenten el endeudamiento extremo o comprometan el crédito de la nación; los que vinculan el ordenamiento jurídico del Estado"), de Perú (artículo 56: Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren

como la denominación particular de cada tratado o la forma de manifestar el consentimiento en obligarse, resultan artificiales en un sistema político de legitimidad democrática, toda vez que el manejo de tales especificidades corresponde naturalmente a los órganos ejecutivos, en la medida que son los negociadores de los tratados. El párrafo I se refiere a la ratificación como autorización, pues tal es su naturaleza jurídica.

Para ser operativos, el procedimiento formal y el simplificado dependen del Poder Ejecutivo, pues es el llamado a calificar la materia de los tratados. No debe olvidarse que el Poder Ejecutivo es el encargado de las relaciones exteriores del Estado. En consecuencia, lo natural es que tenga competencia jurídica tanto para la calificación de los tratados como para celebrarlos por el procedimiento simplificado, puesto que es el que tiene la competencia técnica para ello. Para verificar que la ejerce con la debida diligencia y en el marco de sus atribuciones, la herramienta es el control político que a su juicio puede ejercer el Poder Legislativo, a cuyo servicio está el deber de informar que tiene el Poder Ejecutivo (véase párrafo 6). Además, para el improbable caso de una calificación errónea, la herramienta es la impugnación de la constitucionalidad formal del tratado por vicios en el procedimiento interno de celebración, y donde el hecho de que la declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado comprometa la fe del Estado no significa que la misma no pueda ser pronunciada (véase párrafo 24).

5. *Materias objeto del procedimiento formal.* Desde que comporta la participación del Poder Legislativo, el procedimiento formal de celebración se reserva en el derecho comparado a los tratados que abordan temas de particular importancia para los Estados y sus súbditos. El párrafo I del artículo propuesto participa de esta lógica, estimándose que sus seis numerales la sirven de manera idónea y suficiente, pues, como no sea recurriendo a reduplicaciones innecesarias o formulaciones vagas, es difícil imaginar alguna materia que deba requerir la autorización del Legislativo y que no encaje en alguno de los seis supuestos considerados. Así, que la

medidas legislativas para su ejecución”), y de Suecia (capítulo 10.2: “El Gobierno no podrá concertar un acuerdo internacional obligatorio para el Reino sin la aprobación del Parlamento, si el acuerdo presupone la enmienda o derogación de una ley o promulgación de una nueva ley, o si se refiere a un asunto el cual corresponde al Parlamento la decisión”. (...). “Tampoco puede el Gobierno en casos distintos de los especificados (...) concertar ningún acuerdo internacional que sea obligatorio para el Reino sin la aprobación del Parlamento, si el acuerdo fuera de importancia capital. El Gobierno puede, sin embargo, actuar sin obtener la aprobación del Parlamento si así lo exige el interés del Reino. En este caso el Gobierno consultará con el Consejo Consultivo de Asuntos Exteriores antes de concluir el acuerdo”).

celebración de *tratados que versen sobre derechos humanos* (numeral 1) requiera de autorización legislativa, condice con el hecho de que dichos instrumentos formen parte del bloque de constitucionalidad (véase párrafo 23). Por su lado, la reserva de autorización legislativa para los *tratados que involucren obligaciones financieras* (numeral 2) y los *tratados que tengan carácter militar* (numeral 3), obedece a que son cuestiones de evidente implicancia para los Estados, y de hecho particularmente sensibles en términos de la percepción del común de las personas, por lo que tales tratados deben estar sujetos a dicha reserva¹⁰.

En los tratados comprendidos por el numeral 4 la fórmula *afecten la soberanía territorial* está pensada para los casos de sucesión con respecto a una parte del territorio del Estado. Esto es lo que se conoce como cesión, que se verifica cuando una porción del territorio es transferida por su titular (Estado predecesor) a otro Estado (Estado sucesor). El procedimiento formal opera con independencia del papel de predecesor o sucesor que desempeñe Bolivia en una sucesión. No existiendo territorios vacantes a ser ocupados, en la actualidad las controversias territoriales son disputas relativas a los títulos de dominio de los territorios en conflicto _como las que causaron los arreglos de frontera entre las repúblicas de la América española_; aunque también la delimitación de fronteras, e incluso su demarcación, son fuentes de controversias territoriales que pueden derivar en la sucesión de un Estado por otro¹¹. Igualmente requieren de

¹⁰ Por su implicancia para el Estado es que ambas materias están fuertemente arraigadas en las funciones del Poder Legislativo. El numeral 2 concuerda con la atribución del Legislativo de “autorizar y aprobar la contratación de empréstitos que comprometan las rentas generales del Estado (...)” prevista por el artículo 59.5 de la Constitución, que viene desde 1826, en que correspondía al tribunado la iniciativa “en autorizar al Poder Ejecutivo para negociar empréstitos” (artículo 43.3). En lo que respecta al numeral 3, el mismo concuerda con las atribuciones 14, 15 y 16 del artículo 56 de la Constitución: aprobar la fuerza militar que ha de mantenerse en tiempo de paz, permitir el tránsito de tropas extranjeras y autorizar la salida al extranjero de tropas nacionales, respectivamente. Ya en 1826 el tribunado tenía la iniciativa en “conceder el pase a tropas extranjeras” (artículo 43.11) y “en las fuerzas armadas de mar y tierra para el año” (artículo 43.12). Compete al Poder Legislativo “permitir la salida de tropas nacionales fuera del territorio de la República” desde las reformas constitucionales de 1880 (artículo 52.11), siendo que hasta dichas reformas el supuesto nunca había estado previsto.

¹¹ Se estima que en la actualidad existen planteadas unas sesenta controversias territoriales (Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. - SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, LUIS I. - SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés, *Ob. Cit.*, p. 547). A efectos de evaluar la importancia del tema, a continuación se hace un recuento de las controversias territoriales que han sido planteadas a la Corte Internacional de Justicia en el último medio siglo. No todas las controversias conocidas por la Corte han merecido una sentencia de fondo y otras están aún por resolverse. El año indica la fecha de presentación de la solicitud que somete a conocimiento de la Corte la controversia, siendo algunas veces coincidente con el año de la resolución final. Finalmente, no se olvide que muchas controversias territoriales son resueltas por tribunales arbitrales u otros medios pacíficos de solución de controversias. El recuento suma 23 controversias territoriales (de 110 solicitudes de ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte en el período 1946-2006): *Minquiers y Ecrehos* (Francia/Reino Unido, 1953), *Antártica* (Reino Unido c. Argentina, 1956), *Antártica* (Reino Unido c. Chile, 1956), *Soberanía sobre ciertas parcelas fronterizas* (Bélgica/

autorización por Ley los tratados que afecten al *ejercicio* de la soberanía territorial. Esta es la categoría conceptual que Verdross llamó cesión administrativa¹². En este tipo de cesión, el Estado cedente concede a otro Estado la facultad de ocupar una parte de su territorio y ejercer en ella su autoridad, mas al reservarse la soberanía territorial sobre dicha parte, no la transfiere, y, por tanto, el estatuto jurídico internacional del territorio en cesión administrativa no varía: sigue constituyendo territorio del Estado cedente. Tal fue el estatus del litoral boliviano según el Pacto de Tregua de 1884¹³. El ámbito de aplicación material del numeral 4 no incluye los acuerdos celebrados con otros sujetos de derecho internacional y en virtud de los cuales se establecen privilegios e inmunidades para ciertos bienes inmuebles. No es infrecuente que se acuda a la ficción jurídica de extraterritorialidad para explicar los privilegios e inmunidades de los locales de las misiones diplomáticas y consulares. Según tal ficción, dichos locales constituirían territorio nacional del Estado acreditante, enclavado en el Estado receptor. Pero en verdad la ficción de extraterritorialidad no tiene asidero jurídico, pues lo cierto es que los privilegios e inmunidades se conceden por las funciones a que las misiones diplomáticas y consulares sirven, y que se conceden en base a reciprocidad. Este fundamento de los privilegios e inmunidades diplomáticos es conocido indistintamente como teoría de la necesidad o del interés de la función. Ya en el siglo xviii la teoría había sido enunciada por Vattel, siendo un hecho que fue codificada

Países Bajos, 1959), *Templo de Preah Vihear* (Cambodia c. Tailandia, 1961), *Plataforma continental del Mar del Norte* (Alemania/Dinamarca, Alemania/Países Bajos, 1969), *Plataforma continental del Mar Egeo* (Grecia c. Turquía, 1976), *Plataforma continental* (Túnez/Libia, 1981), *Delimitación de la frontera marítima en el área del Golfo de Maine* (Canada/Estados Unidos, 1982), *Plataforma continental* (Libia/Malta, 1984), *Disputa fronteriza* (Burkina Faso/República de Mali, 1986), *Disputa fronteriza terrestre, insular y marítima* (El Salvador/Honduras, 1987), *Delimitación marítima en el área entre Groenlandia y Jan Mayen* (Dinamarca c. Noruega, 1993), *Disputa territorial* (Libia/Chad, 1994), *Delimitación marítima y cuestiones territoriales* (Qatar c. Bahrain, 1994), *Frontera terrestre y marítima* (Camerún c. Nigeria, 1996), *Isla Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibia, 1999), *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia, 1999), *Delimitación marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe* (Nicaragua c. Honduras, 1999), *Disputa territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia, 2001), *Disputa fronteriza* (Benín/Nigeria, 2002), *Soberanía sobre Piedra Blanca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge* (Malasia/Singapur, 2003), *Delimitación marítima en el Mar Negro* (Rumania c. Ucrania, 2004).

¹² Cfr. VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público* (6ª edición, Madrid, Editorial Aguilar, 1978), pp. 248 y 269.

¹³ El estatuto jurídico de territorio bajo ocupación bélica del litoral boliviano cambió al de cesión administrativa por efectos del artículo 2 del Pacto de Tregua de 1884: "La República de Chile, durante la vigencia de esta tregua, continuará gobernando con sujeción al régimen político y administrativo que establece la ley chilena, [el territorio del litoral boliviano] (...)". La cesión administrativa duró 20 años, hasta la celebración del Tratado de Paz y Amistad de 1904, por el que los territorios fueron definitivamente cedidos. Un caso análogo de cesión administrativa fue el del Canal de Panamá, establecido por los tratados de 1903 y de 1977 entre Panamá y Estados Unidos.

como tal por la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas¹⁴.

En los numerales 5 y 6 del artículo propuesto, el establecimiento del procedimiento formal responde a un imperativo de organicidad con respecto al sistema político de legitimidad democrática. Así, los *tratados que regulen materias reservadas por la Constitución a las leyes* (numeral 5) requieren de autorización legislativa, pues el uso del procedimiento simplificado implicaría sobrepasar la garantía constitucional de que ciertas materias sólo puedan ser normadas por Ley¹⁵. En el mismo sentido, el uso del procedimiento simplificado para celebrar *tratados que exijan la modificación o abrogación de alguna ley, o que requieran de medidas legislativas para su ejecución* (numeral 6), importaría que el Poder Ejecutivo se arrogara la potestad de producir normas con la fuerza jurídica propia de las leyes. En cambio, sí corresponde al Poder Ejecutivo hacer uso de su potestad reglamentaria para dictar normas de mejor ejecución de los tratados en vigor, pues esta competencia es connatural a la obligación de honrar la fe de los tratados¹⁶.

Además de las listadas en este artículo, en el derecho comparado existen otras materias reservadas al procedimiento formal de celebración de

¹⁴ El preámbulo de la Convención trasluce la codificación de la teoría de la necesidad o del interés de la función: "Reconociendo que tales inmunidades y privilegios se conceden no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados". En el mismo sentido la Convención de Viena sobre relaciones consulares: "Conscientes de que la finalidad de dichos privilegios e inmunidades no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos".

¹⁵ En lo que respecta a derechos de particulares, son materias objeto de reserva legal los tributos, los delitos, la reglamentación de los derechos fundamentales (DC 006/2000, G.C. No. 18, diciembre 2000; STC 004/2001, G.C. No. 19, enero 2001), y la regulación del servicio militar (STC 007/2006, G.C., 79, tomo I, enero 2006).

¹⁶ En 1826 la Constitución expresamente preveía la potestad de reglamentar tratados. Así, era atribución del Presidente de la República "autorizar los reglamentos y órdenes para el mejor cumplimiento de la Constitución, las leyes y los tratados públicos" (artículo 83.5). Con las reformas constitucionales de 1831 la potestad reglamentaria ya perfilaba los elementos de su redacción vigente, que excluye la mención a los tratados: "expedir los decretos y reglamentos especiales para el cumplimiento de las leyes" (artículo 72.3). La competencia implícita del Presidente de la República para reglamentar tratados es un correlato de la primacía del derecho internacional, pues un "Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos" (*Intercambio de las poblaciones griegas y turcas*, *Publications of the Permanent Court of International Justice*, 1923, Series B, No. 4, pp. 23 y ss). De este modo, la potestad de reglamentar los tratados se entiende implícita a la competencia expresa del Poder Ejecutivo de conducir las relaciones exteriores, pues cumplir los tratados es un fin constitucional y todos los medios que sean apropiados a ese fin, y no vulneren la Constitución, deben considerarse constitucionales. Sobre la doctrina de los poderes implícitos en el derecho constitucional comparado véase *McCulloch c. Maryland* (1819) (17 U.S., 4 Wheat, 316) y sobre su uso para interpretar los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales véase el asunto *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas* (1949) (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1949).

tratados. Tales son los casos de los tratados de paz, los tratados comerciales y los tratados que acuerden someter una controversia a arbitraje o arreglo judicial (compromisos arbitrales o judiciales) o los que contengan una cláusula compromisoria que haga obligatoria la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia¹⁷. Los tratados de paz no han sido incluidos en el artículo propuesto porque los mismos suponen una guerra previa, y dada la evolución alcanzada por el derecho internacional en el sentido de proscribir el uso de la fuerza armada, su inclusión importaría una señal indicativa de que la guerra es todavía concebida por Bolivia como un medio de solución de controversias. Respecto a los tratados comerciales, en consonancia con la dinámica del comercio internacional, lo razonable es que sean celebrados según el procedimiento simplificado. Desde luego, dichos tratados deben agotar el procedimiento formal siempre que contenga materias reservadas al mismo (verbigracia si conllevan la modificación o abrogación de una ley o requieren de la promulgación de leyes para su ejecución). Finalmente, en lo que se refiere a compromisos arbitrales o judiciales y tratados con cláusula compromisoria, dada la naturalidad con que dichos medios pacíficos de solución de controversias deben ser asumidos en la práctica moderna del derecho internacional, no parece justificado su sometimiento al procedimiento formal; sin perjuicio de agotarlo siempre que conlleven materias reservadas al mismo.

6. *Deber de informar*. El deber de informar establecido en el parágrafo II es un medio de control entre órganos (verificación de que no han sido excedidas las potestades del Poder Ejecutivo para celebrar tratados). El deber de informar al Poder Legislativo es el correlato de la confianza depositada por la Constitución en el Poder Ejecutivo, al permitirle vincular al Estado por medio de tratados. Desde luego, el deber de informar alcanza a la denuncia o la suspensión de tratados celebrados según el procedimiento simplificado, pero debe repararse en una sutil diferencia de fundamento, pues en tanto la racionalidad de lo primero consiste en verificar que la competencia ha sido ejercida sin exceder los límites constitucionales, en lo

¹⁷ Es el caso, por ejemplo, de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948, que al respecto establece: "Las controversias entre las partes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio (...) serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las partes en la controversia" (artículo 9º). El artículo anterior no es el único intento para, por medio de una cláusula compromisoria, dotar a la Corte Internacional de Justicia de una jurisdicción contenciosa obligatoria. Su eficacia quedó comprobada en el asunto de la *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio* (1996) (Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia). Por su parte, en los asuntos sobre *Legalidad del uso de la fuerza* (1999), Yugoslavia presentó demandas contra Alemania, Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos de América, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal, y el Reino Unido, fundándose en la Convención contra el genocidio

segundo, siendo aplicable para la materia que las cosas puedan deshacerse conforme fueron hechas, debe entenderse que la racionalidad de que el Poder Legislativo sea informado por el Ejecutivo no se agota en la simple toma de conocimiento de la denuncia o la suspensión de un tratado, sino que trasciende a la posibilidad de que, en vía de control político, aquel pueda exigir de éste explicaciones en términos de la conveniencia de la decisión para los intereses del Estado.

7. *Denuncia.* En el derecho internacional se conoce como *denuncia* de un tratado a la expresión de voluntad de un Estado, formulada por escrito, en el sentido de desvincularse del mismo. En cuanto al de carácter bilateral, si la denuncia resulta exitosa el tratado se tiene por terminado. En cambio, el de carácter multilateral continúa en vigor, pero respecto al Estado que formuló la denuncia se dice que se retiró del mismo. De manera que el efecto de la denuncia es la extinción de un acto jurídico, y donde la cuestión central consiste en la determinación de las causas lícitas para ejercerla. A tiempo de la codificación del derecho de los tratados, la existencia de tratados sin cláusula de denuncia hizo que se hablara de un derecho implícito de denuncia, a entenderse de naturaleza consuetudinaria. Frente a este punto de vista estaba el planteamiento de corte tradicionalista que defendía la naturaleza convencional del derecho a denunciar un tratado; a lo que había que sumarle los argumentos que en la práctica de los Estados habían sido esgrimidos como causales lícitas de denuncia de un tratado. Siendo tal el estado de situación, la Convención de Viena codificó tanto el derecho general de denuncia —bien que reglado (artículo 56)— como la denuncia expresa (artículo 54); haciendo lo propio respecto a las causales de terminación o retiro de un tratado como consecuencia de la celebración de un tratado posterior (artículo 59), de una violación grave (artículo 60), de la imposibilidad de cumplimiento (artículo 61), de un cambio fundamental de circunstancias (artículo 62), y de la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (artículo 64). Tal como está usada en el artículo propuesto, la palabra denuncia se refiere a la generalidad de causales invocadas para extinguir un tratado.
8. *Suspensión.* La *suspensión* de un tratado supone que, continuando el mismo en vigor, deje de producir efectos jurídicos durante cierto tiempo. Al igual que en el caso de la denuncia, el punto crítico de la suspensión consiste en la calificación de las causales aducidas. Según la Convención de Viena es lícita la suspensión hecha en virtud de una disposición del tratado cuya aplicación se suspende (artículo 57.a), la efectuada con el consentimiento de las demás partes (artículo 57.b), la que se produce como consecuencia

de la celebración de un tratado posterior (artículo 59), y la que resulta de una violación grave (artículo 60).

9. *Denuncia o suspensión de tratados celebrados por el procedimiento formal.* El parágrafo III se contrae a una consecuencia obligada del procedimiento formal de celebración de tratados, basada en una regla de tan vieja data como que es atribuida a Ulpiano: nada es tan natural como que cada cosa sea disuelta del mismo modo en que fue compuesta¹⁸, y que condice con el *Ejus est tollere cujus est condere*: “Quien tiene poder para hacer una cosa lo tiene para deshacerla”. En un sistema político de legitimidad democrática, resulta difícil justificar que aquello en cuya factura participó el Poder Legislativo pueda ser deshecho sin su concurrencia. Por otro lado, la propia estructura del sistema de fuentes ya dice que el Legislativo debe participar por fuerza en la disolución de aquello que fue creado con su participación. A menos, desde luego, que el Poder Ejecutivo estuviera investido de poder jurídico para derogar los actos del Legislativo (previsión constitucional o delegación temporal).

10. *Manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados que afecten disposiciones constitucionales.* El último parágrafo del artículo propuesto declara la primacía de la Constitución en el plano del derecho nacional, a la vez que en el del derecho internacional reconoce la primacía de los tratados sobre la Constitución. Tal como está formulado, el parágrafo IV tiene por objeto evitar, de un lado, la generación de antinomias entre la Constitución y los tratados (que en el derecho interno se resuelven por la primacía de la primera), y, de otro, que se falte a la fe de los tratados en vigor¹⁹. Por su ámbito material de aplicación, el parágrafo IV incluye los tratados celebrados tanto por el procedimiento formal como por el procedimiento simplificado. En cuanto a su forma de operar, el parágrafo hace una remisión al procedimiento de reforma de la Constitución.

¹⁸ ULPIANO, “*Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque disolveré, quo colligatum est*” (Nada es tan natural como que cada cosa se la disuelva del mismo modo como se la ligó). Digesto, libro I, título III, ley 37.

¹⁹ Refiriéndose a una norma constitucional de igual sentido que el parágrafo comentado, el Tribunal Constitucional (España) explicó que ella atribuye “la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional. (...) el Tribunal es llamado a pronunciarse sobre la posible contradicción entre ella y un tratado cuyo texto, ya definitivamente fijado, no haya recibido aún el consentimiento del Estado. Si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional. De este modo, la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento [de reforma], su primacía, adquiriendo también el tratado, en la parte del mismo que fue objeto de examen, una estabilidad jurídica plena, por el carácter vinculante de la declaración del Tribunal, como corresponde al sentido del examen previsto” (Cit. por GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. - SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I. - SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés, *Ob. Cit.*, p. 204).

III. Integración de las normas de derecho internacional en el orden estatal

Artículo.

Las normas de derecho internacional que obligan al Estado integran el derecho nacional. Una vez en vigor según sus propias disposiciones, los tratados en que Bolivia es parte establecen derechos y deberes de aplicación directa.

Derecho comparado. Alemania 25, 100.2; Austria 9.1.; Colombia 93; Costa Rica 140.9; Ecuador 163; España 10.2, 96.1; Estados Unidos III.2.1, VI.2; Grecia 28.1; Irlanda 29.6; Italia 10 (párrafo 1); Países Bajos 93, 95; Paraguay 141; Perú 55; Portugal 8; República Dominicana 3; Suecia capítulo 10.2 (párrafo 3); Suiza 191.

Motivación

11. *Descripción general.* Este artículo norma la integración de las normas de derecho internacional al derecho interno. Sus referentes de derecho comparado son las constituciones alemana (artículo 25)²⁰ y griega (artículo 28.1)²¹. La primera norma de esta índole fue formulada en la Constitución de Weimar (1919): “las reglas universalmente reconocidas del derecho internacional forman parte integrante del derecho alemán” (artículo 4). Detrás de las normas de integración está el debate sobre el postulado epistemológico de la unidad del sistema jurídico. La integración de las normas de derecho internacional supone la primacía de este orden. Así, las obligaciones asumidas por el Estado en virtud de una norma internacional priman sobre las de su constitución²². Por su naturaleza, esta es una norma

²⁰ Constitución de Alemania, artículo 25: “Las normas generales del derecho internacional serán parte integrante del derecho federal. Estas normas tendrán primacía sobre las leyes y establecerán directamente derechos y deberes para los habitantes del territorio federal”.

²¹ Constitución de Grecia, artículo 28.1: “Las normas de derecho internacional generalmente reconocidas, así como los tratados internacionales, desde su ratificación mediante ley y entrada en vigor conforme a las disposiciones respectivas, forman parte integrante del derecho helénico interno y priman sobre toda disposición contraria de la ley (...)”.

²² En el asunto *La última tentación de Cristo* (2001) (Olmedo Bustos y otros c. Chile), la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió que Chile debía “modificar su ordenamiento jurídico interno”, pues su Constitución, en lo concerniente a la censura previa, era contraria a la Convención Interamericana de Derechos Humanos. El mismo principio fue expresado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva sobre el asunto *Tratamiento de los nacionales polacos y de otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Dantzig* (1932): “Un Estado no puede invocar respecto de otro Estado su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor” (*Publications of the Permanent Court of International Justice*, 1932, Series A/B, No. 44, p. 24). También la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva en el asunto *Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de la Organización de las Naciones Unidas* (1988): “Bastaría recordar el principio básico de que el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno.

sobre las fuentes de producción del derecho estatal; por su forma, una norma de procedimiento. El derecho internacional deja la determinación de los procedimientos de integración a las constituciones nacionales.

12. *Justificación de la fórmula.* Se considera que la fórmula empleada es idónea y suficiente, pues, de un lado, es claro que integran el derecho nacional las normas de derecho internacional que obligan al Estado, donde el término obligan ciertamente es inequívoco, frente a la fórmula *generalmente reconocidas* utilizada por ciertas constituciones. A su vez, la fórmula *establecen derechos y deberes de aplicación directa* es suficiente, por cuanto jurídicamente importa que dichas normas pueden ser invocadas y aplicadas como cualquier otra norma de derecho interno.

13. *Dualismo.* El estudio de la integración del derecho internacional fue iniciado por la doctrina dualista. Su punto de partida es la falta de toda relación sistemática entre el derecho internacional y los derechos nacionales²³. Sostiene que no existe entre ambos órdenes una relación de primacía, derivando de ahí que las normas de uno de ellos no sean aplicables en el otro por el solo hecho de su existencia. Así, para ser aplicables por jueces y tribunales, las normas de derecho internacional tendrían que ser objeto de un acto de voluntad del legislador estatal que las transforme en normas de derecho interno²⁴. El acto de transformación supone la creación de la norma a cargo del sistema estatal de fuentes. En dicha línea de razonamiento, es conceptualmente imposible que para un juez nacional aparezcan antinomias entre normas internacionales e internas²⁵, y que jueces internacionales

Este principio fue avalado por decisiones tan antiguas como la sentencia arbitral de 14 de septiembre de 1872 en el asunto Alabama entre Gran Bretaña y los Estados Unidos, y ha sido frecuentemente citado desde entonces, por ejemplo en el asunto de las Comunidades greco-búlgaras en el que la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó que: 'es un principio de derecho internacional universalmente aceptado el que en las relaciones entre potencias que son partes de un tratado, las normas de derecho interno no pueden prevalecer sobre las del tratado' " (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1988).

²³ TRIEPEL sostenía que el derecho internacional y el derecho interno eran "nociones diferentes", así, el mismo hecho de hablar de relaciones entre ellos era una señal clara de que no representaban una unidad sistémica (Cit. por NOVAK TALAVERA, Fabián – GARCÍA CORROCHANO, Luis, *Derecho Internacional Público*, tomo I, 1ª edición, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 541). Por su parte, para ANZILOTTI el Estado como sujeto de derecho interno era un sujeto enteramente diferente al Estado como sujeto de derecho internacional, lo que explicaba su participación en dos sistemas normativos distintos y aislados el uno del otro (Cit. por KELSEN, Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, 1ª edición, Buenos Aires, El Ateneo, 1965, p. 367).

²⁴ Por la forma en la que está redactado, el artículo 29.6 de la Constitución de Irlanda es el ejemplo más ilustrativo de una norma dualista: "Ningún acuerdo internacional puede formar parte del derecho interno del Estado salvo si lo acuerda, en su caso, el Parlamento".

²⁵ No pueden haber antinomias porque en los sistemas dualistas el derecho internacional sólo obliga a los órganos internos en la medida que ha sido transformado a una norma de fuente estatal; así, el conflicto se plantea siempre entre normas de derecho interno. De este modo, la

reconozcan el carácter normativo del derecho interno²⁶. Este fue el sistema que adoptó Bolivia en 1826, habiendo hecho lo propio otras constituciones de la época.

14. *Monismo*. La frase *integran el derecho nacional* dice de la filiación monista del artículo propuesto. El monismo es la respuesta doctrinal a los postulados dualistas. Su principio base es la unidad del derecho internacional y los derechos nacionales, lo que luego le permite concluir en la primacía del derecho internacional. Al momento, es la interpretación más satisfactoria de las relaciones de derecho positivo entre normas internacionales y nacionales. Así, la función esencial del derecho internacional es delimitar los ámbitos de validez de los derechos nacionales²⁷. En sus primeros escritos Kelsen llegó a negar la existencia jurídica del derecho interno antinómico con el internacional. Posteriormente este postulado se vio atenuado al sostener que la norma de derecho interno contraria al derecho internacional no es

ausencia de antinomias es una consecuencia de negar la aplicabilidad en la esfera interna del derecho internacional no transformado. Esta doctrina respaldó la sentencia en el caso inglés *Mortensen c. Peters* (1906): "En esta Corte no tenemos nada que ver con el problema de si la legislatura ha realizado o no lo que las potencias extranjeras pueden o pudieran considerar una usurpación en una cuestión de ellas. Ni tampoco un tribunal se establece para decidir si una ley de la legislatura está *ultra vires* en contravención con los principios generalmente aceptados de derecho internacional. Para nosotros una ley del Parlamento debidamente aprobada por la Cámara de los Lores y los Comunes y con el asentimiento del Rey, es suprema y nosotros estamos obligados a dar efectividad a sus términos". Los tribunales internacionales, desde luego, aplican el derecho internacional con independencia del sistema de recepción (dualista o monista) practicado por los Estados. Así, en *Georges Pinson* (1928) (Francia c. México), la Comisión Mixta de Reclamaciones Franco Mexicana sostuvo: "Los tribunales nacionales de justicia, al emanar de la soberanía de cada Estado particular, pueden realmente estar (y no deben necesariamente estar) obligados a observar y aplicar el derecho interno, aun cuando consideren a este último en conflicto con el derecho internacional; esto depende de los principios consagrados por el derecho público nacional del Estado interesado. Los tribunales internacionales, sin embargo, como órganos del derecho de gentes, deben dejar de lado aun la constitución de un Estado a favor del derecho internacional" (Cit. por KELSEN, Hans, *Ob. Cit.*, p. 360).

²⁶ Se afirma que las normas de derecho interno son sólo hechos si vistas desde el derecho internacional. Lo cierto es que sin esta afirmación no se explicaría el hecho de la responsabilidad internacional del Estado por la promulgación de una norma contraria al derecho internacional, pues la noción de responsabilidad dice de un daño causado (por un hecho), mientras que la de nulidad dice de una norma contraria a otra. Como se verá más adelante, la noción de nulidad fue empleada en los principios de la doctrina monista para calificar a las normas internas antinómicas con el derecho internacional. Las explicaciones doctrinales prefirieron luego la noción de responsabilidad, pues interpreta mejor la realidad del derecho positivo. La afirmación respecto de la ausencia de carácter normativo de las normas de derecho interno viene del asunto *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca, fondo* (1926) (Alemania c. Polonia): "Desde el punto de vista del derecho internacional y de la Corte, que es su órgano, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad de los Estados, del mismo modo que las decisiones judiciales o las medidas administrativas" (*Publications of the Permanent Court of International Justice*, 1926, Series A, No. 7, p. 19).

²⁷ La función de delimitar los ámbitos de validez de los derechos nacionales fue expuesta por la concepción normativista del derecho internacional. De hecho, KELSEN y VERDROSS, cada uno por su lado, organizaron sus obras en la materia según esta función. Véanse KELSEN, Hans, *Ob. Cit.*, y VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público* (6ª edición, Madrid, Editorial Aguilar, 1978).

nula de origen, sino válida y vigente, pero cuya existencia, por contraria al orden de primacía, acarrea la responsabilidad internacional del Estado. Puesto que para el derecho internacional el derecho nacional es un mero hecho, sólo le resulta relevante en tanto merece una calificación normativa que, en términos elementales, se reduce a identificar su conformidad o disconformidad con el orden internacional. La determinación de licitud o ilicitud es, precisamente, el resultado de la calificación normativa de los hechos. Por eso que un precepto de derecho interno que resulte contrario al derecho internacional exista, pues una consecuencia de su existencia es que normativamente se lo pueda calificar de ilícito e imputar al Estado de origen la respectiva responsabilidad internacional. De manera que para el monismo no se requiere la transformación de las normas de derecho internacional, por cuanto su sola existencia ya determina su integración; con lo que son directamente aplicables por jueces y tribunales internos, bastando con afirmar que *integran el derecho nacional*.

15. *Integración de las normas de derecho internacional consuetudinario*. El ámbito de aplicación material del artículo propuesto se extiende a todas las formas que adoptan las normas de derecho internacional. Así, queda incluido el derecho internacional consuetudinario, para el que la expresión *normas de derecho internacional* está primeramente pensada, aunque no de manera exclusiva.

En el derecho internacional las relaciones entre las normas de fuente consuetudinaria y las de fuente formal son distintas a las planteadas en los sistemas nacionales. En éstos, por el principio de estatalidad del derecho, la costumbre ha perdido protagonismo como fuente de producción normativa, al punto que no exista más derecho que el legislado y que el emanado de fuente consuetudinaria sea subsidiario de aquel. El monopolio estatal de la producción jurídica es resultado del proceso histórico de consolidación del Estado moderno. De ahí que, desde sus albores, los teóricos del Estado moderno hayan concebido para la costumbre un papel secundario y asignado la primacía al derecho de fuente formal²⁸, debido a que la unidad política no era alcanzable al margen de la unidad jurídica.

²⁸ La costumbre como forma de producción del derecho decaía a la par que el Estado moderno se consolidaba. El Estado moderno se construyó a partir de la noción de soberanía, entendida como poder absoluto y perpetuo y cuyo ejercicio se traducía en la facultad de dictar leyes, contra las que no podían primar otras leyes o costumbres. De ahí que la costumbre "sólo tiene fuerza por tolerancia y en tanto que place al príncipe soberano, quien puede convertirla en ley mediante su homologación. En consecuencia, toda la fuerza de las leyes civiles y costumbres reside en el poder del príncipe soberano". "La ley puede anular las costumbres, pero la costumbre no puede derogar la ley" (BODIN, Jean, *Los seis libros de la república*, 1ª edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 46, 66 y 67).

Y si así se llega a que en el derecho nacional las relaciones entre fuentes se resuelvan por la primacía del derecho legislado, así se explica que la costumbre importe en tanto el derecho legislado la confirme o reenvíe a la ley, o en tanto regule cuestiones no contempladas en la ley²⁹. Nada de esto ocurre de esa manera en el derecho internacional. Por ser éste un orden de técnica de regulación normativa descentralizada, no debe extrañar que los tratados y la costumbre estén en pie de igualdad, pudiendo derogarse recíprocamente; lo que, dada la proscripción de la costumbre contraria a la ley, es impensable en el derecho interno. La costumbre, en consecuencia, goza en el derecho internacional de autonomía normativa, por lo que unos mismos derechos y obligaciones, que respondan tanto a normas de fuente convencional como de fuente consuetudinaria, poseen validez, vigencia, aplicación e interpretación independientes³⁰.

La propia naturaleza de la costumbre explica que sus normas se integren en el derecho nacional sin requerir ningún acto formal de incorporación, al punto de afirmarse la existencia de una presunción de incorporación de la costumbre desde su formación; presunción que la tornaría suficientemente oponible ante jueces y tribunales nacionales. Esta presunción se apoya en la coherencia que se demanda del Estado respecto a sus actuaciones en el derecho internacional y sus actos en el derecho interno, y su práctica reiterada se remontaría a la jurisprudencia inglesa del siglo XVIII, la Constitución americana y el artículo 4 de la Constitución de Weimar³¹.

²⁹ Los casos en los que el derecho legislado confirma o reenvía a la costumbre (costumbre *secundum legem*) son aquellos en los que expresamente se establece la vigencia de la costumbre en una cierta relación jurídica. Estos casos se identifican por el uso de expresiones como las siguientes: "cuando los usos lo autorizan" (C.C. art. 460), "según los usos" (C.C. art. 520), o "sujetándose a los usos" (C.C. art. 1142). También puede ocurrir que el derecho legislado utilice expresiones que remiten a prácticas sociales, tales como "comportarse como un buen padre de familia".

³⁰ *Corte Internacional de Justicia. Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (fondo)* (1986) (Nicaragua c. Estados Unidos de América): "Numerosas razones llevan a considerar que, incluso si dos normas provenientes de las dos fuentes del derecho internacional se presentaran idénticas por su contenido, e incluso si los Estados considerados están obligados por las reglas en cuestión en ambos planos _convencional y consuetudinario_ estas normas conservan una existencia distinta. Así es desde el punto de vista de su aplicabilidad (...). Por otra parte, reglas idénticas en derecho convencional y en derecho internacional consuetudinario, se distinguen también desde el punto de vista de los métodos empleados para su interpretación y aplicación" (ICJ Reports-CIJ Recueil, 1986, pp. 95-109).

³¹ La jurisprudencia sobre la incorporación automática de la costumbre se inició con el asunto *Barbuit* (1737). "Ya en el asunto *West Rand Central Gold Mining c. The King* (1905) se había vuelto a reafirmar la clásica jurisprudencia sajona: *international law is a part of the law of the land*. La primera mención a esta regla aparece en *Triquet c. Bath* (1764), y en el siglo xix se la puede encontrar en el asunto *Emperor of Austria c. Day and Kossuth* (1861). Al otro lado del Atlántico, fue Marshall quien la aplicó en los asuntos del *Charming Betsy* (1804) —"Una ley del Congreso no debe nunca interpretarse en el sentido que viole el derecho internacional si queda alguna otra posible interpretación"— y del *Nereida* (1815) —"la Corte está obligada por el derecho internacional que es derecho del país"—, resueltos ambos por la Suprema Corte de

Respecto a la prueba de la costumbre (recuérdese que la costumbre se expresa como una práctica reiterada revestida de una convicción de obligatoriedad), lo más lógico es atenerse a la práctica internacional en la materia. En este sentido, el asunto *Competencia en materia de pesquerías* puntualizó respecto de la aceptación general, práctica uniforme y duración considerable exigibles al comportamiento de los Estados para considerarse constitutivos de una norma consuetudinaria, e hizo lo propio también respecto de la convicción (*opinio iuris*) de que dicho comportamiento arraigue en una norma que haga de su cumplimiento una obligación jurídica para los Estados³². Es una pauta común considerar que las costumbres se forman tanto por los actos internacionales de los Estados (verbigracia su participación en organismos y conferencias internacionales), como por los actos internos de sus órganos ejecutivos (en lo que toca a la conducción de las relaciones exteriores y prácticas diplomáticas), legislativos (en lo que hace a leyes de incidencia para el derecho internacional, como delimitar una frontera por ejemplo) y judiciales (en lo que respecta a sentencias que se pronuncian sobre normas internacionales, verbigracia las que regulan la extradición). Por último, en lo que respecta a la carga de la prueba (pues la determinación de una costumbre supone probar hechos a partir de los cuales se induce la obligatoriedad de asumir una particular conducta)³³, tratándose

los Estados Unidos de América. En el asunto *El Paquete Habana* (1907) la Suprema Corte mantuvo la misma línea: "El derecho internacional es parte de nuestro derecho" (Andaluz, Horacio, *Positivismo normativo y derecho internacional*, 1ª edición, La Paz, Plural/CERID, 2005, pp. 121-122). La Constitución de los Estados Unidos contiene una cláusula (llamada de supremacía) similar a la de la Constitución de Weimar (citada en el párrafo 11): "Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado" (artículo VI, cláusula 2).

³² *Corte Internacional de Justicia. Competencia en materia de pesquerías (fondo)* (1974) (Reino Unido c. Islandia). Opinión individual del Juez de Castro: "Según la *communis opinio*, el derecho internacional consuetudinario existe cuando una práctica ha cristalizado con los caracteres siguientes: a) Una aceptación general o universal. La actitud de los Estados no debe ser dudosa. La norma en cuestión debe ser generalmente conocida y aceptada de manera expresa o tácita. (...). b) Una práctica uniforme. Para la formación de una nueva regla de derecho internacional es preciso que la práctica de los Estados, con inclusión de los Estados especialmente interesados, haya sido en sustancia o prácticamente uniforme. c) Una duración considerable. Es el tiempo el que hace madurar una práctica y la transforma en costumbre. (...). La Corte ha admitido una cierta flexibilidad en el requisito relativo a la duración, pero solamente a condición de que la práctica de los Estados (...) haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada y se haya manifestado de manera que establezca un reconocimiento general del hecho de que está operando una regla jurídica o una obligación jurídica. d) La *opinio iuris*. No sólo los actos considerados deben poner de relieve una práctica constante sino que, por añadidura, deben ser testimonio, por su naturaleza o la manera en que han sido aceptados, de la convicción de que esta práctica se ha hecho obligatoria por la existencia de una regla jurídica. Los Estados deben tener, pues, el sentimiento de conformarse a lo que equivale a una obligación jurídica" (ICJ Reports-CIJ Recueil, 1974, pp. 89-90)

³³ *Corte Internacional de Justicia. Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine* (1984) (Canadá/Estados Unidos de América): "(...) la *opinio iuris* de los Estados

de costumbres generales, la parte (el Estado) que niega la costumbre debe probar que se opuso a ella durante el proceso de su formación. Esta regla también debiera aplicarse a los casos en los que se invoca una costumbre particular o bilateral, pues aunque la Corte Internacional de Justicia ha establecido que quien invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que se ha hecho obligatoria para la otra parte³⁴, aplicar esta regla a los casos de particulares litigando contra el Estado es muy similar a desconocer de inicio la existencia jurídica del derecho que alegan.

16. *Integración de normas no consuetudinarias ni convencionales.* Los alcances de la fórmula *normas de derecho internacional* quedan fijados por el ámbito de aplicación personal de cada norma (de ahí que el artículo se refiera al establecimiento directo de derechos y deberes), puesto que la integración del derecho internacional tiene sentido en la medida de hacer aplicables a los particulares, o al Estado en su relación con éstos, las normas que crean, modifican o extinguen derechos u obligaciones, y de las que son destinatarios los particulares. Así, por ejemplo, la fórmula alcanzaría a las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que crean los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia³⁵ y para Ruanda³⁶, puesto que la concurrencia de jurisdicción de éstos con los tribunales nacionales es un asunto que incumbe a los particulares bajo la calidad de imputados.

17. *Integración de tratados.* El artículo propone la integración automática de los tratados en vigor. Así se evita que la vigencia interna y la vigencia internacional de un tratado se produzcan en momentos diferentes, como puede ocurrir en los sistemas de recepción formal, en que el acto legislativo que autoriza a vincularse internacionalmente es también el instrumento que transforma la norma internacional en nacional. Algunos sistemas constitucionales requieren de la publicidad de los tratados para su incorporación al derecho interno, pero aún siendo este requisito de más fácil cumplimiento que la transformación por un acto legislativo, no evita

se prueba por vía de inducción, tomando como punto de partida el análisis de una práctica suficientemente amplia y convincente, y no por vía de deducción a partir de ideas preconcebidas a priori" (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1984, p. 299).

³⁴ Tratándose de normas consuetudinarias generales, le corresponde al Estado que niega que una costumbre le alcance demostrar su calidad de objeto persistente a la misma. Esta es una presunción que admite prueba en contrario a favor de la existencia y oponibilidad de la costumbre general en tanto el objeto no pruebe su calidad de tal. Los términos se invierten tratándose, como en el asunto del *Derecho de Asilo* (1950) (Colombia/Perú), de la alegación de normas consuetudinarias particulares. En estos casos es el Estado que las invoca el que debe probar tanto su existencia como su oponibilidad al Estado contra el que se las dirige (Cfr. *ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1950, p. 276).

³⁵ Resolución C.S. 827 (1993).

³⁶ Resolución C.S. 955 (1994).

la producción de desfases temporales entre la vigencia interna y la vigencia internacional de los tratados³⁷. A su vez, el hecho que la publicación deba ser del texto íntegro del tratado (lo que incluye sus anexos, reservas, declaraciones interpretativas, adhesiones, retiros, notificaciones entre partes sobre su denuncia o su suspensión, así como publicar en un futuro todo acto relativo al tratado), hace que sea más práctico descentralizar en los operadores jurídicos la obligación de conocer el derecho.

Por lo demás, el artículo se refiere a los tratados en los que Bolivia sea *parte*, lo que responde a una exigencia de coherencia en el lenguaje tratándose de una norma de integración, pues sólo son incorporables los tratados en vigor internacional para el Estado, siendo respecto de éstos que se dice que un Estado es parte (en cambio, se dice Estado negociador en las fases de negociación, adopción y autenticación de un tratado, y Estado contratante en las de manifestación del consentimiento y perfeccionamiento del mismo). Según el artículo propuesto, los tratados pasan a formar parte del derecho nacional desde su entrada en vigor. Aunque la entrada en vigor de un tratado es asimilable conceptualmente al momento en que una ley entra en vigencia, existen determinadas particularidades diferenciadas en el plano operativo. Así, respecto de cada tratado en particular, en principio debe considerarse que entra en vigor según sus propias disposiciones o, en su defecto, tan pronto haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el mismo. A su vez, la pertinencia de determinar la fecha de entrada en vigor con respecto a cada Estado, viene de que en el derecho internacional se conoce el vigor general (cuando entra en vigor para todos los Estados negociadores) y el vigor particular (cuando entra en vigor respecto de un Estado, comúnmente porque hizo constar su consentimiento en obligarse en fecha posterior a la entrada en vigor de un tratado).

IV. Jerarquía de las normas de derecho internacional en el orden estatal

Artículo.

Las normas de derecho internacional tienen jerarquía superior a las leyes.

³⁷ En España, que requiere de la publicación de los tratados para su entrada en vigor en el derecho interno (Constitución española, artículo 96.1), se han registrado desfases de más de tres décadas entre el momento en el que un tratado entró en vigor internacional y el de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (Cfr. González Campos, Julio D. - Sánchez Rodríguez, Luis I. - Sáenz de Santa María, Paz Andrés, *Ob. Cit.*, p. 277).

Las normas de derecho internacional sobre derechos humanos son por su materia normas constitucionales.

Derecho comparado. Alemania 25; Argentina 75.22; Colombia 93; Costa Rica 7; Ecuador 163; España 96.1; Francia 55; Países Bajos 94; Paraguay 137.

Motivación

18. *Descripción general.* Este artículo regula las relaciones entre las normas de fuente internacional y las normas de fuente interna (desde luego sus efectos se limitan al derecho nacional). Su referente de derecho comparado es la Constitución de Argentina (artículo 75.22)³⁸. Por su materia es una norma relativa a la jerarquía del sistema de fuentes.
19. *Justificación de la fórmula.* Se estima que la fórmula del artículo propuesto es idónea y suficiente, porque en el contexto del articulado basta con la referencia a las *normas de derecho internacional* para entenderse aquellas que obligan al Estado. Asimismo, basta con la referencia a *jerarquía superior a las leyes* para que queden incluidas las ordinarias, orgánicas y estatutarias, que por igual son leyes. En cuanto a las normas sobre derechos humanos, la fórmula *son por su materia* (normas constitucionales), importa que materialmente integran el bloque de constitucionalidad.
20. *Relaciones entre fuentes (dualismo).* El derecho es por definición un orden dinámico: un sistema que regula su propia creación y regula de manera formal las relaciones entre sus normas. Consecuencia de su carácter dinámico es que la estructura del sistema jurídico se organice jerárquicamente. No obstante su estructura, las relaciones formales entre las normas del sistema se rigen no sólo por el criterio central de jerarquía,

³⁸ Constitución de Argentina, artículo 75.22: "[Corresponde al Congreso] aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

sino también por otros criterios. Tales son los de competencia, prevalencia, especialidad y temporalidad. No cualquiera de estos criterios puede ser adoptado para regular las relaciones entre las normas de fuente internacional y las de fuente interna.

Los derechos nacionales que cuentan con normas de integración dualistas atribuyen a los tratados el rango del acto legislativo que los transformó en derecho interno (rango de ley). Los inconvenientes de esta solución surgen al momento de resolver las antinomias entre normas provenientes de estas dos fuentes: puesto que no puede hacerse por aplicación del criterio de jerarquía, se lo debe hacer según el criterio de temporalidad, salvo cuando una de las normas en conflicto sea especial con relación a la otra. Así se llega a la posibilidad de que una ley posterior derogue un tratado anterior, con lo que ello implica en términos de comprometer la fe del Estado³⁹. A su vez, el rango de ley atribuido a los tratados extiende sus efectos a las normas de derecho internacional consuetudinario, puesto que, por un lado, la regla en la materia es que dichas normas se incorporan en los sistemas estatales desde su formación, y, por otro, lo hacen con la misma jerarquía en que los tratados son incorporados.

21. *Jerarquía formal*. Fundado en la primacía del derecho internacional, el artículo propuesto posiciona las normas de dicho orden en un estrato intermedio entre la Constitución y las leyes (incluyendo las de carácter orgánico o estatutario)⁴⁰. La solución adoptada responde a un imperativo de coherencia que es connatural a todo sistema de derecho positivo, pues, a la vez que hace de las normas de derecho internacional fuente de validez de las leyes, reconduce la resolución de antinomias entre normas internas e internacionales a los controles de legalidad y de constitucionalidad.

³⁹ Esta posibilidad quedó claramente planteada en *Thomas c. Gay*: "El efecto de los tratados y de las leyes del Congreso, cuando se encuentran en conflicto, no está establecido por la Constitución [de los Estados Unidos]. Pero la cuestión no presenta ninguna duda con respecto a la solución debida. Un tratado puede reemplazar una ley anterior del Congreso y una ley del Congreso puede reemplazar un tratado anterior" (Cit. por Kelsen, Hans, *Ob. Cit.*, p. 361). Y en *Tinoco Government* la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo que no podía aplicar a favor de extranjeros los derechos que nacían de un tratado, pues el mismo había sido reemplazado por una ley del Congreso (Cit. por Verdross, Alfred, *Ob. Cit.* p. 98). En el asunto *Costa c. ENEL* (1964) la Corte Constitucional de Italia declaró la validez de una ley interna contraria al Tratado de Roma, pues para la Corte dicho tratado era una ley ordinaria que podía ser modificada o derogada por otra ley. El juez de la causa elevó también una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que reivindicó la primacía de derecho comunitario (de la Unión Europea) sobre el derecho internos de sus Estados miembros.

⁴⁰ La misma propuesta fue hecha en 2001 por el Consejo Ciudadano para la Reforma Constitucional en su Anteproyecto de Ley de Necesidad de Reforma Constitucional, bien que limitada sólo a los tratados: "La Constitución Política del Estado es la Ley Suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a los tratados internacionales, éstos con preferencia a las leyes y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones" (artículo 228).

La opción por el criterio de jerarquía también puede explicarse por exclusión de los demás criterios. Así, el criterio de competencia ciertamente es el fundamental en la medida que resuelve las antinomias mediante la nulidad de las normas producidas sin competencia, pero requiere de la previa delimitación de competencias entre dos ó más fuentes, y tal no ocurre entre el derecho internacional y el interno. No hay asuntos que por su materia sean objeto de regulación sólo por el derecho internacional o sólo por el nacional; y si los hubiera, tendría que ser una norma de derecho internacional la llamada a establecerlos, pues es el orden que tiene primacía, ergo capacidad para distribuir materias entre las distintas fuentes⁴¹. Pero tal norma no existe.

El criterio de prevalencia tampoco resulta útil. Para ser operativa, la regla de prevalencia requiere de una norma de fuente superior que, primero, establece competencias concurrentes entre dos fuentes de rango inferior, y, segundo, establece la prevalencia en caso de conflicto de una de las fuentes. Las normas que se ocupan de esto son las constituciones de los Estados federales o de los Estados de estructura territorial descentralizada⁴², donde el criterio de prevalencia es fundamental. Así, al plantearse una antinomia entre normas de competencias concurrentes, el conflicto se resuelve por la inaplicación de una de ellas, mas no por su invalidez; siendo precisamente en esto que el criterio de prevalencia se diferencia del criterio de competencia. Pero, al igual que con el de competencia, para ser operativo el criterio de prevalencia requiere de una norma superior, que tendría que ser de derecho internacional. Esa norma tampoco existe.

Los criterios de especialidad y de temporalidad operan de forma accesoria al de jerarquía. Ahí donde éste no sea suficiente para resolver una antinomia, aquéllos contribuyen a la solución. Así, especialidad y temporalidad presuponen la igual jerarquía entre dos normas de la misma fuente o de dos fuentes distintas. El establecimiento formal y previo del carácter especial de una norma supone desnaturalizar el criterio, pues una norma es especial sólo con relación a otra, y el relacionamiento ocurre si el encargado de aplicar una de las normas en conflicto es capaz de resolver la antinomia bajo el criterio de especialidad, cuya aplicación consiste en

⁴¹ Es el caso del artículo 67.3 de la Constitución boliviana, cuyo efecto es distribuir competencias entre las leyes y los reglamentos de las cámaras legislativas, de tal modo que compete exclusivamente a éstas dictar sus respectivos reglamentos.

⁴² En el caso del derecho español la cláusula de prevalencia dispone que las normas del Estado "prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas" (Constitución de España, artículo 149.3).

hacer una interpretación restrictiva de la norma general, expulsando del supuesto de hecho general de la norma el supuesto de hecho especial que ocasiona el conflicto. En otras palabras, lo que suele denominarse criterio de especialidad, es tan sólo una interpretación restrictiva de la norma general para una distinción de supuestos de hecho establecida sobre la base de la especialidad, y que tiene por objeto solucionar el conflicto presentando el caso como una diferente regulación normativa. Por lo demás, los criterios de especialidad y de temporalidad suponen asumir los inconvenientes de la solución dualista.

22. *Jerarquía formal de las normas de derecho internacional.* En virtud de este artículo, no sólo los tratados, sino todas las normas de derecho internacional que forman parte del derecho nacional (véase párrafos 15-17), tienen jerarquía superior a las leyes. Esto responde a una característica propia del derecho internacional, cual es la de que no exista una ordenación jerárquica del sistema de fuentes al modo de la existente en el derecho interno.

En todo sistema jurídico, aún en uno primitivo y poco formal, existe una relación de validez que vincula sus normas entre sí, formando una cadena derivativa de normas en que las últimas son de inferior jerarquía que las primeras. Esto es lo que se llama jerarquía lógica, por cuya virtud el derecho constituye un sistema dinámico, y en que la creación de nuevas normas se produce por la aplicación de normas ya existentes en el sistema. Ahora bien, la jerarquía lógica es de carácter forzoso en la teoría del derecho y, por tanto, en la producción normativa, puesto que dota al sistema de normas de estructura y criterio de relacionamiento, asegurando la coherencia interna del sistema, al servir de fundamento de validez y guía para la resolución de antinomias. La jerarquía lógica es un elemento que permite vertebrar cualquier orden jurídico, empero la jerarquía comúnmente referida en el derecho interno no es la lógica, y que obedece a una abstracción teórica, sino la formal o positiva. Esta jerarquía no responde a un acto de abstracción teórica, sino a la fuerza jurídica que el derecho positivo atribuye a las fuentes normativas de un sistema determinado. La fuerza jurídica de una fuente es su capacidad de incidir en el sistema jurídico creando o modificando el derecho existente. De este modo, se forma una ordenación jerárquica de las normas que no toma como base el fundamento de validez de las mismas, sino su capacidad para derogar otras normas. Así, una constitución es jerárquicamente superior a una ley porque la ley no puede modificarla. La ordenación de las normas según una jerarquía formal o positiva ya no es, pues, resultado de una abstracción teórica, sino

de la interpretación del propio derecho positivo, que dota a unas normas mayor fuerza jurídica que a otras. En la práctica ocurre que la ordenación de las fuentes según su fundamento de validez (jerarquía lógica) suele coincidir con su ordenación según su fuerza jurídica (jerarquía formal); así, una constitución es jerárquicamente superior a una ley tanto porque la ley no puede derogarla, como porque la ley deriva de la constitución su fundamento de validez. Pues bien, el derecho internacional no es un orden con jerarquía formal o positiva; de donde si alguna relación jerárquica cabe encontrarse en sus normas, es recurriendo al solo fundamento de validez de las mismas, es decir, estableciendo una jerarquía lógica entre ellas, mas no positiva. Así, puede decirse que la regla *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga) es el fundamento de validez de los tratados, lo cual diría de la superioridad lógica de dicha regla sobre las normas convencionales; pero en términos de derecho positivo, y que son los que importan a efectos de dibujar la estructura del sistema, las normas convencionales y las consuetudinarias pueden derogarse recíprocamente, habida cuenta que tienen la misma fuerza jurídica. La jerarquía positiva es producto de los elementos formales de un ordenamiento, y esos elementos son propios de los órdenes de técnica de regulación normativa evolucionada, como el orden estatal, cosa que no ocurre con el del derecho internacional por lo mismo que no responde a una producción centralizada. De ahí que entre sus normas no haya una clara jerarquía formal o positiva, y de ahí también que cuando pasan a formar parte del derecho interno lo hagan todas con la misma jerarquía.

23. *Jerarquía material.* Según el artículo propuesto las normas de derecho internacional sobre derechos humanos son, por su materia, normas constitucionales. Esto no debe prestarse a equívocos. Las normas sobre derechos humanos, en la medida que son normas de derecho internacional, son normas formalmente superiores a las leyes e inferiores a la Constitución. Aquí el artículo se refiere a aquellas normas que, sin ser formalmente constitucionales, son utilizadas para el control de la constitucionalidad de otras normas. Es decir, aún las normas que por su carácter formal resultan infraconstitucionales, son consideradas constitucionales por su materia. El artículo no debe interpretarse como una alusión al concepto de constitución material. Constituciones materiales han existido siempre, y existirán siempre que el poder necesite organizarse. Son constituciones materiales las normas que sirven de fundamento de validez a otras normas; lo que lleva de vuelta a las nociones de jerarquía lógica y de cadena de validez. La norma de que deriva todo el sistema jurídico es su constitución material, pues, en un sentido material, constitución es toda norma que posibilita la producción

jurídica. Sin embargo, no es en el sentido material que importa a una democracia tener una constitución, sino en el formal: esta es la constitución que garantiza la sumisión de los poderes públicos y coloca al pueblo en una posición de primacía. He aquí el concepto formal de constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico y con vocación de permanencia. Por ello, el artículo propuesto opera como una remisión normativa que hace la constitución formal a normas de fuente internacional que materialmente versan sobre los derechos humanos. Así, el artículo propuesto introduce al texto formal de la Constitución la construcción jurisprudencial de su actual artículo 35, pero ampliándola en el sentido que son las normas de derecho internacional sobre derechos humanos, y no sólo los tratados, que forman parte del bloque de constitucionalidad⁴³. En tanto construcción jurisprudencial, la actual extensión del bloque de constitucionalidad podría ser modificada por una construcción jurisprudencial futura⁴⁴, pues aún donde impera el respeto a los precedentes pueden los jueces y tribunales apartarse inclusive de los generados por ellos mismos, siempre que lo fundamenten debidamente⁴⁵.

24. *Control de la constitucionalidad.* En tanto normas inferiores a la Constitución, las normas de derecho internacional pueden ser objeto del control de constitucionalidad, pues el hecho que una declaratoria de inconstitucionalidad constituya un remedio traumático que conlleve la responsabilidad internacional del Estado, no crea para las normas de derecho internacional que forman parte del derecho interno el privilegio de ser inconstitucionales. En su momento, la Constitución previó un recurso específico sobre revisión de la constitucionalidad de los tratados (artículo

⁴³ Los alcances del bloque de constitucionalidad a partir del artículo 35 de la Constitución fueron reafirmados por el Tribunal Constitucional en su STC 045/2006: "(...) este Tribunal Constitucional, realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la Constitución, ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de habeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda" (G.C. No. 84, tomo I, junio 2006).

⁴⁴ La hipótesis de que el Tribunal Constitucional se apartase de su propia jurisprudencia fue normada por el Reglamento de Procedimientos Constitucionales (artículo 19.IX), requiriéndose dos tercios de votos para hacerlo.

⁴⁵ Fuera de las reglas específicas de cada sistema jurídico en particular, en los sistemas organizados bajo el respeto de los precedentes judiciales (*stare decisis*), tal respecto se rige por la misma regla que rige la estabilidad de cualquier norma jurídica, incluyendo las constituciones, dado que el límite natural de la vigencia jurídica de una norma es su propia vigencia histórica. Como dijo Llewellyn respecto de los precedentes judiciales, "nuestra sociedad está cambiando, y el derecho, si es que va a adecuarse a la sociedad, debe también cambiar" (Llewellyn, Kart, *The Bramble Bush*, 1930, p. 66).

120.9), al que la Ley del Tribunal Constitucional dio el carácter de consulta⁴⁶. Desde luego, siempre que asalten dudas manifiestas, lo aconsejable será acudir al control previo, en vía de consulta, a fin de evitar que la fe internacional del Estado resulte comprometida por una ulterior declaratoria de inconstitucionalidad que tranquilamente habría podido evitarse. Pero el recurso debe estar limitado a las dudas manifiestas a juicio de la instancia consultante, y tener, por tanto, carácter enteramente potestativo. Tampoco el control previo sistemático sería garantía suficiente de apego constitucional, habida cuenta que las dudas sobre la constitucionalidad de una norma nunca emergen con más claridad que cuando se trata de aplicarla. A su vez, si la consulta sobre la constitucionalidad de un tratado fuese obligatoria, no tendría sentido establecer procedimientos simplificados de celebración de tratados, y que responden a la agilidad demandada por la dinámica de las relaciones exteriores en el mundo actual. Por lo demás, un régimen en que el control previo fuese un requisito de inexcusable cumplimiento para la celebración de tratados, confesaría su desconocimiento respecto a las diferencias de técnica jurídica entre la celebración de un tratado y la promulgación de una ley, pues la práctica muestra que los Estados pueden estar celebrando tratados sin que siquiera se percaten de ello sus propios negociadores (véase párrafo 2), lo que jamás ocurre en el caso de las leyes, pues las formalidades del procedimiento legislativo tienen carácter constitutivo. En suma, es innegable que las normas de derecho internacional pueden ser objeto de control de constitucionalidad tanto por la vía directa como la incidental⁴⁷, en primer lugar porque no hay

⁴⁶ Restringir el recurso mencionado para que sea usado sólo como control previo supone el absurdo conceptual de querer evitar la responsabilidad internacional del Estado vulnerando la Constitución. Véanse los artículos 113 a 115 de la Ley 1836 de 1 de abril de 1998 (Ley del Tribunal Constitucional); en el mismo sentido de la Ley, el Anteproyecto de Ley de Necesidad de Reforma Constitucional elaborado por el Consejo Ciudadano para la Reforma Constitucional en 2001: “[es atribución del Tribunal Constitucional] absolver las consultas previas a la aprobación congresal sobre la constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales que le sean planteadas por el Presidente de la República o el Presidente del Congreso Nacional” (artículo 122.f). Ya Ribera Santivañez había advertido del riesgo que para los derechos de los particulares podía traer el carácter consultivo del recurso de revisión de la constitucionalidad de tratados. En su momento planteó la posibilidad de impugnar los tratados por la vía del control correctivo, pero siempre dándole a esta posibilidad el carácter de excepción, para disminuir las probabilidades de comprometer la fe internacional del Estado (Cfr. Ribera Santivañez, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional*, 1ª edición, Cochabamba, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, 2001, pp. 216-218). Véase en la nota al pie 49 su postura más reciente respecto del control de la constitucionalidad de los tratados.

⁴⁷ De hecho es lo que ocurre en el derecho español, en el que los tratados en vigor para el Estado son objeto de impugnación constitucional por el recurso que en nuestra legislación se conoce como directo o incidental de inconstitucionalidad. Así, el artículo 27 de la Ley Orgánica 2/1979 (Ley del Tribunal Constitucional) establece: “1. Mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad regulados en este título, el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos impugnados. 2. Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: c) Los tratados

impedimento jurídico para ello (véase párrafo 14), y, en segundo, porque impedirlo importaría limitar el derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁸. Pero sujetar todos los tratados al previo control del Tribunal Constitucional entorpecería la marcha del Estado y de la sociedad según el ritmo natural del acontecer histórico, tanto como la entorpecería acabar con los principios de conservación y presunción de constitucionalidad de las normas de derecho interno, pues para ambos casos la racionalidad es exactamente la misma, a saber: desde que hay una división de poderes, hay una división de competencias; y si las hay, se debe a que la presunción de partida es que cada poder es el más capacitado para ejercer su respectiva competencia; estando llamado a desempeñar el control cruzado un papel enteramente residual, que jamás implique el reemplazo de un poder por otro. De donde plantear que todos los tratados deben estar sujetos al control previo del Tribunal Constitucional, importaría cuestionar de inicio la capacidad del Legislativo y el Ejecutivo para ejercer sus respectivas atribuciones, es decir, descreer del supuesto constitucional básico para la organización del Estado por poderes independientes, y someter a un poder al tutelaje de otro⁴⁹.

V. Reforma de la constitución

Artículo.

Toda reforma de la Constitución que comprometa al Estado en responsabilidad internacional está prohibida. Cualquier iniciativa contraria a normas de derecho internacional requiere la previa desvinculación del Estado conforme a las normas de la materia. Es inviolable por vía de

internacionales". En el caso de Bolivia, el recurso de inconstitucionalidad procedería contra normas de derecho internacional en la medida que tuviesen carácter general.

⁴⁸ El derecho a la tutela judicial efectiva, en democracia, demanda que las normas que componen un sistema jurídico sean coherentes con las normas constitucionales de dicho sistema. En este sentido, véase el razonamiento del Tribunal Constitucional de España: "La tutela judicial efectiva, a la que todos tienen derecho, entraña como presupuesto implícito e inexcusable, la necesidad de que los juzgadores resuelvan *secundum legem* y ateniéndose al sistema de fuentes establecido, exigencia que (...) permitiría reconocer una indebida denegación de la tutela judicial en la hipótesis de que el órgano judicial, desconociendo la ordenación constitucional y legal sobre el control de normas, quiebre el derecho del justiciable a que su pretensión sea resuelta según aquel sistema" (Cit. por Urías, Joaquín, *La tutela frente a leyes*, 1ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 88).

⁴⁹ Ribera Santivañez propone instaurar el control previo de la constitucionalidad de tratados como una etapa adicional en el proceso de celebración de los mismos: "se hace inviable el ejercicio del control correctivo o represivo de constitucionalidad sobre las normas internacionales, por ello debe establecerse el control preventivo obligatorio, es decir, la consulta obligatoria sobre la constitucionalidad de los tratados o convenios internacionales" (*El Tribunal Constitucional en el nuevo modelo de Estado*, en Memorias del IX Seminario Internacional Justicia Constitucional y Estado de Derecho, Sucre, Tribunal Constitucional, 2006, p. 179).

reforma constitucional cualquier norma de derecho internacional en que no esté permitida la desvinculación del Estado.

Derecho Comparado. Alemania 79.3; Brasil 60.III.4; El Salvador 248 (párrafo 4); Francia 89 (párrafo 5); Grecia 110.1; Honduras 374; Italia 139; Portugal 288; República Dominicana 119; Suiza 193 (párrafo 4), 194 (párrafo 2).

Motivación

25. *Descripción general.* Por su finalidad, este artículo apunta, de un lado, a mantener incólumes las normas de derecho internacional aplicables en grado universal, y, de otro, a la conservación de la fe del Estado. Los referentes de relevancia son las constituciones alemana (artículo 79.3)⁵⁰ y suiza (artículos 193 y 194)⁵¹.

26. *Justificación de la fórmula.* La primacía del derecho internacional limita la libertad de actuación normativa de los Estados en las materias en que se encuentran vinculados internacionalmente. Una reforma constitucional que compromete la fe del Estado importa incurrir en responsabilidad internacional ante los Estados perjudicados. Para evitar la violación de la regla *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), el artículo prohíbe las reformas que acarreen la responsabilidad internacional del Estado. Todo el objeto de la prohibición es que antes de reformar su Constitución el Estado se desvincule de las normas de derecho internacional que limitan su poder de reforma. El cumplimiento de este artículo puede ser judicialmente exigido mediante la demanda respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución (artículo 120.10). Esta prohibición es aplicable tanto a la reforma parcial como a la total, pues no interesa al derecho internacional la forma de reformar una constitución, sino que se respeten las normas internacionales. En este sentido, la fórmula propuesta está destinada a evitar la responsabilidad internacional del Estado, para lo cual prohíbe toda reforma sin previa desvinculación. Por otro lado, existen normas de derecho internacional convencional que no admiten denuncia (como

⁵⁰ Constitución de Alemania, artículo 79.3: "Toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en Estados federados, su participación en el proceso legislativo o a los principios establecidos en los artículos 1 y 20, estará prohibida". El artículo 1 se refiere a los derechos fundamentales y el 20 a la organización democrática y social del Estado. La norma del artículo 79.3 fue la primera en su tipo. Al parecer es de autoría de Thoma, que participó como consejero en la formulación de la Constitución (Cfr. Jacobson, Arthur – Schlink, Bernhard (editores), *Weimar, A Jurisprudente of Crisis*, 1ª edición, Los Angeles, University of California Press, 2000, p. 286).

⁵¹ Constitución de Suiza, artículo 193 (párrafo 4): [Respecto de la reforma total de la Constitución] "Las normas imperativas de Derecho Internacional no podrán violarse". Artículo 194 (párrafo 2): "Toda reforma parcial de la Constitución deberá respetar el principio de unidad de materia y no violar las normas imperativas del Derecho Internacional".

algunas de derechos humanos). Respecto de estas normas el artículo actuaría como una norma de inviolabilidad, puesto que no podrían ser materia de reforma a la Constitución las obligaciones internacionales que no pueden ser terminadas. El objeto de una norma de inviolabilidad es excluir de las reformas constitucionales las materias que ella protege. Como en todo producto cultural, un límite natural de la norma de inviolabilidad es la vigencia de los valores que tutela, pues de ser superados por la historia la norma de inviolabilidad pierde sentido como cláusula pétrea, por lo mismo que constituía la garantía de un estado de cosas que no más es concebido como la realidad deseable. Otro límite natural de la norma de inviolabilidad es su jerarquía formal en el derecho interno, habida cuenta que, en una suerte de “Yo el Supremo desdigo lo que yo el Supremo dije”, en términos teóricos no hay cómo asegurar jurídicamente que no sea derogada por otra norma de igual jerarquía. El artículo propuesto vincula la norma de inviolabilidad a las normas de derecho internacional obligatorias para Bolivia. Similar efecto, aunque de ámbito material más reducido, tiene toda norma de inviolabilidad que se remita a materias que son objeto de regulación internacional. Tal, por ejemplo, es el caso de los derechos fundamentales en el artículo 79.3 de la Constitución de Alemania, pero no el de su división federal, pues para ello la norma de inviolabilidad opera sin más clausuras que las del derecho nacional.

LAS NUEVAS TENDENCIAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL ¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA PARA BOLIVIA? (*)

Arturo Yañez Cortes*

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- El caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. 3.- Las Repercusiones del caso Herrera Ulloa en la Legislación y la Jurisprudencia Comparada. 3.1. Costa Rica. 3.2. Argentina. 4.- Las previsibles Consecuencias en Bolivia ¿hacia un Nuevo Paradigma?. 5.- Bibliografía.

1.- Introducción.

Algunos siglos atrás, MAQUIAVELO decía que cualquier solución a un problema genera a su vez otros nuevos problemas. Pues tal parece que esa frase encaja perfectamente al tratamiento del sistema recursivo previsto en el nuevo Código de Procedimiento Penal boliviano; me refiero a los recursos de apelación restringida y de casación.

Al respecto, creo útil empezar este análisis remarcando que uno de los postulados más importantes del movimiento de reforma procesal penal latinoamericano es el denominado rescate de la centralidad del juicio oral, de forma que con base a los principios de inmediación, contradicción, continuidad y publicidad, sea la audiencia oral del juicio el único espacio donde el órgano jurisdiccional decida –efectivamente- si el imputado es culpable o inocente.

Esta importante característica marca una enorme diferencia de los antiguos procesos penales de corte inquisitivo/escrito en los cuales la decisión resultaba frecuentemente asumida –aunque no formalmente- al final de las diligencias investigativas o en otras etapas diferentes de la del juicio, generando así graves problemas contra garantías constitucionales –juicio previo, presunción de

(*) Las opiniones brindadas son estrictamente personales y no comprometen a la organización donde el autor trabaja.

* Abogado. Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia- España. Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales. Actualmente es Responsable de Coordinación Interinstitucional y Normativización del proyecto de Apoyo a la Reforma Procesal de la GTZ. Ha publicado "Nuevo Código de Procedimiento Penal: Jurisprudencia Constitucional y Documentos" (2001 y 2002); "La Vigencia Plena del nuevo Código de Procedimiento Penal y la Jurisprudencia Constitucional. Doctrina y Legislación Comparada" (2003 y 2005); el "Régimen de Impugnación en el sistema acusatorio oral Boliviano" (2005) y "Ratio Deciedi" (2007), además de ser responsable de investigación jurídica del nuevo Código de Procedimiento Penal electrónico disponible en www.ncppenalbo-gtz.org (versiones 1.0; 2.0; 3.0; 4.0 y 5.0.).

inocencia y defensa- y peor principios procesales íntimamente ligados con aquellas –oralidad, intermediación y publicidad- ya que en unos casos decidían aquellos quienes no tenían competencia ni preparación para hacerlo –los órganos de investigación criminal como la antigua PTJ o la FELCN- o, quienes sin tener el mínimo contacto con las pruebas y las partes intervinientes basaban su decisión en el expediente, es decir los tribunales de apelación o casación.

Con esa práctica, la denominada por el art. 224 del antiguo CPP “fase esencial” del proceso penal quedó en un simple postulado al asumirse la decisión más importante del antiguo proceso penal inquisitivo precisamente vulnerando los principios de oralidad (los jueces decidían con base a “pruebas” que no habían sido así producidas ante sus sentidos sino leídas e introducidas al juicio por su lectura: diligencias de policía judicial; contradicción (ante un conjunto de papeles es imposible ejercer defensa y por tanto la contradicción no existía); continuidad (las “audiencias” eran celebradas con lapsos entre una y otra que superaban muchas veces semanas o meses y hasta años) y publicidad (un proceso predominantemente escrito, es altamente improbable pueda ser público).

Y es que la nueva concepción del proceso penal ha generado una cantidad importante de consecuencias de diversa índole. Una de ellas, de corte procesal y cultural, consiste en la desaparición del tradicional expediente que produjo graves distorsiones en el inquisitivo al extremo de terminar suplantando al mismo proceso penal. A los efectos del presente trabajo, esa consecuencia adquiere singular importancia.

El efecto citado ha generado una verdadera revolución en la etapa recursiva del nuevo instrumento procesal penal, toda vez que anteriormente con base al expediente los tribunales que resolvían los recursos deducidos podían proceder al conocimiento y revisión tanto de las cuestiones de derecho como las de hecho que, supuestamente “cursaban en los obrados”. El tradicional expediente hacía posible ese milagro.

Ahora, desaparecido aquél y considerando que los tribunales que resuelven los recursos penales no disponen ya del mismo sino sólo de los textos de los recursos deducidos, del acta de registro del juicio y de las resoluciones impugnadas, además –en ciertos casos- de las pruebas documentales introducidas (certificados u otros documentos), la situación ha cambiado radicalmente generando la imposibilidad de esos tribunales para ingresar a revisar las cuestiones de hecho producidas durante el juicio, concentrando su análisis sólo en las de derecho. Por ello, se afirma que la denominación correcta

del recurso de apelación restringida es de “apelación restringida al derecho”, denotando así claramente su naturaleza jurídica. El principal fundamento de esta nueva concepción se apoya en el elemental respeto del principio de inmediación y en definitiva, en la preservación de la centralidad del juicio oral como el único espacio posible de decisión jurisdiccional con base al respeto de los principios informadores del juicio oral.

Entendimiento que ha encontrado plena aceptación en la doctrina legal aplicable votada por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia que tratándose de los recursos de apelación restringida y casación deducidos en el marco de la Ley N° 1970 del Código de Procedimiento Penal, ha sostenido invariablemente la imposibilidad de ingresar a analizar cuestiones de hecho.

Así, por ejemplo: “... de acuerdo a la nueva concepción doctrinaria la apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o la sentencia; no es el medio jerárquico para revalorizar la prueba o revisar las cuestiones de hecho efectuadas por los Jueces o Tribunales inferiores, sino para garantizar los derechos constitucionales, los Tratados Internacionales, el debido proceso y la correcta aplicación de la Ley. Por ello no existe la doble instancia” (Auto Supremo N° 525/2004).

O también en la misma línea: “La apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la substanciación del juicio, no siendo la resolución que resuelve la apelación restringida el medio idóneo para revalorizar prueba o revisar cuestiones de hecho a cargo de los Jueces y Tribunales de instancia” (AASS N° s. 104/2004 y 654/2004).

Estaríamos, siguiendo a ROXIN¹ frente a una casación substantiva orientada a determinar si el derecho material fue correctamente aplicado al hecho comprobado por el tribunal de mérito, aunque también se contempla la procesal que apunta verificar los errores de esa índole cometidos por los tribunales inferiores.

No obstante en un mundo en permanente cambio, surgen tendencias –en alguna medida nuevas aunque es un tema entusiastamente discutido en la doctrina desde varios años atrás– que cada vez con mayor fuerza no sólo cuestionan esas posiciones doctrinales, sino que han comenzado ya a plasmarse

¹ Derecho Procesal Penal. Ediciones Del Puerto. Buenos Aires, 2000. Páginas 469 y sgtes.

claramente en la jurisprudencia e incluso en la legislación positiva, conforme se analizará a continuación.

De ahí es que resulta coherente sostener que como emergencia de la instauración de sistemas acusatorios orales en materia penal en Latinoamérica, uno de los institutos que mayores controversias todavía suscita en la doctrina es el tratamiento y alcances de los denominados en nuestra legislación procesal penal actual, recursos de casación y de apelación restringida.²

Entre otros varios aspectos controversiales, parte significativa de las discrepancias surgen respecto de los reales alcances resolutorios del recurso de casación y apelación restringida y por tanto, de sus presupuestos de admisibilidad.

2.- El caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*.

Últimamente la situación -desde ya bastante controvertida- ha resultado fuertemente repercutida a partir de un reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya consideración en Bolivia resulta ineludible a partir de nuestra pertenencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en tanto somos signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (Ley de la República de Bolivia N° 1430 de 11 de febrero de 1993).

Se trata del **Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica**, cuya sentencia de 2 de julio de 2004, ordenó a ese país adecuar su legislación a lo dispuesto por el art. 8. 2 inciso h) de la citada Convención, que consigna el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

El Magistrado de la Corte de Casación de Costa Rica Dr. Guillermo Sojo Picado, resume la importancia de este caso destacando que la Corte Interamericana, consideró: **1)** que no se había garantizado el derecho a recurrir del recurrente de modo amplio según la exigencia del art. 8.2.b de la Convención; **2)** que existe un derecho a recurrir el fallo; **3)** que debe garantizarse un recurso ordinario, eficaz, accesible y sin restricciones, requisitos o complejidades; y **4)**

² Toda vez que algunas otras legislaciones emergentes del movimiento de reforma procesal penal latinoamericano, otorgan un tratamiento nominal diferente al instituto, aunque mantienen en términos generales, similar naturaleza jurídica. En otros casos, se ha suprimido la apelación para impugnar directamente la sentencia vía recurso de casación o la denominación que este instituto reciba.

que cualquiera sea la denominación que reciba el recurso, debe garantizar un examen integral de la sentencia recurrida³.

Ahora bien, a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana cualquier observador del sistema procesal penal no dudará en por lo menos preguntarse *¿Cuáles son los efectos / ejemplos de la recepción de ese fallo en la legislación y práctica procesal comparada?. ¿Cuáles serán las repercusiones que podría generar a mediano plazo en nuestra legislación y práctica procesal? ¿Qué consecuencias acarrea para la actual concepción del recurso de casación penal boliviano? ¿Se vulnera así la centralidad del nuevo proceso penal emergente de la reforma?*

En este breve espacio y por tanto sin mayores posibilidades de agotar el análisis de tan interesantes temas –algo además sumamente complejo dadas las circunstancias actuales- intentaré transmitirles algunos de mis juicios respecto de las inquietudes precedentes, esperando contribuyan a iniciar/continuar el debate, pues estoy convencido que en este y en otros temas, los juristas bolivianos debemos construir una doctrina boliviana, que sin dejar de considerar lo que ocurre fuera de nuestras fronteras, esté también y principalmente en condiciones de responder y solucionar nuestros propios problemas sobre la materia.

3.- Las Repercusiones del caso Herrera Ulloa en la Legislación y la Jurisprudencia Comparada.

La doctrina procesal penal latinoamericana discute desde varios años **L**atrás los alcances de la casación tradicional de origen francés, limitada a analizar las cuestiones de derecho y no las de hecho. Actualmente se habla de la denominada “metamorfosis”⁴ del recurso de casación o apelación tradicional (según el tratamiento de cada Código Procesal Penal), aludiendo el planteamiento de un cambio más real que formal en la concepción y tratamiento del instituto.

Anteriormente, en Bolivia el sistema escrito inquisitivo permitía a los tribunales superiores revisar íntegramente tanto el derecho aplicado como los hechos –desnaturalizando incluso frecuentemente de manera grosera la

³ Curso “Recursos y Sistemas de Impugnación en el proceso penal boliviano”. IJB-GTZ. Sucre, 28 al 31 de enero de 2008.

⁴ Por ejemplo, el profesor Pedro BERTOLINO en “La metamorfosis del recurso de casación penal”, publicado en “Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González”. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. 2007. Primera Edición. Páginas 477 a 486.

supuesta “oralidad” del antiguo sistema y claro, el principio de inmediación, aunque éste último no estuvo siquiera formalmente previsto por el antiguo CPP-. Incluso, esa distorsión resultó ampliamente favorecida a partir de la existencia del instituto de la revisión de oficio, que permitía a los tribunales de apelación y de casación y/o nulidad, revisar ampliamente también el desarrollo del trámite, con lo que las facultades de aquellos tribunales eran sumamente amplias, pero absolutamente desconectadas con el elemental perceptor de cualesquier sistema impugnatorio: el agravio, es decir la diferencia entre lo pedido por la parte y lo resuelto por el órgano decisorio.

En palabras de Alberto BINDER se trataba de “...procesos por registros o escritos, en los que el denominado tribunal de segunda instancia se limitaba a leer esos registros y sobre la base de esa lectura, dictar un nuevo fallo integral, es decir, realizando una nueva valoración de la prueba”⁵.

Ahora como resultado de la centralidad del juicio oral y la desaparición del tradicional expediente –que en el inquisitivo llegó al extremo de suplantar en los hechos al proceso penal- partiendo de nuestra norma rectora procesal se han construido de manera uniforme líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia⁶ en sentido que el recurso de casación y también el de apelación restringida, están limitados en cuanto a su análisis sólo al derecho y no a los hechos, no existiendo por tanto en sentido estricto una segunda instancia. Estamos entonces frente a una concepción tradicional o clásica en cuanto a la procedencia y resolución del recurso, acorde con las reales posibilidades del sistema en función del rescate de la oralidad y especialmente del principio de inmediación.

Si bien la discusión no es nueva y menos pacífica en la doctrina⁷, es precisamente a partir del caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica que el tema ha comenzado a generar consecuencias directas para las legislaciones internas que, en un caso se ha traducido en la modificación de la legislación procesal (Costa Rica) y en otro, en el cambio de las líneas jurisprudenciales del máximo tribunal de justicia penal (Argentina).

⁵ “Introducción al Derecho Procesal Penal”. 2ª edición, Editorial Ad- Hoc; Buenos Aires, página 289.

⁶ Por ejemplo los AASS N° s. 316/03 de 13 de junio; 593/03 de 26 de noviembre; 73/04 de 10 de febrero y muchos otros subsiguientes.

⁷ Para ampliar el tema, véase YAÑEZ CORTES Arturo, “Régimen de Impugnación en el Sistema Acusatorio Oral Boliviano” (Imp. Gaviota del Sur, Sucre; 2005), cuyo capítulo VIII está íntegramente dedicado al tema (ver págs. 185 y sgtes).

3.1. Costa Rica.

Como no podía ser de otra manera ha sido este país seguramente no sólo por ser el directamente obligado por el fallo, sino por su conocida y destacada tradición de institucionalidad y acatamiento de las resoluciones de los tribunales de justicia, el que ha tomado la iniciativa o mejor ha cumplido el fallo de la Corte Interamericana, introduciendo una reforma de su Código Procesal Penal de 1996 mediante la Ley N° 8503 de 28 de abril de 2006, sintomáticamente denominada “**Ley de Apertura de la Casación Penal**”.

Esta norma introduce modificaciones a varios artículos de su Código Procesal Penal e introduce algunas nuevas disposiciones. Entre las más importantes (las negrillas son más):

1. Otorga facultades al tribunal o al fiscal que constate un defecto susceptible de ser subsanado, en cualquier gestión, recurso o instancia, la posibilidad de **comunicar al interesado su defecto para subsanarlo** dentro de un plazo no mayor de 5 días.
2. Otorga facultades al tribunal de casación **para substanciar la acción y pronunciarse sobre el fondo aún cuando existan defectos** en su redacción; aunque si considera que estos le impiden de forma absoluta conocer el reclamo subsiste su facultad de proceder conforme al punto anterior, **puntualizando** los aspectos que deben aclararse y corregirse por parte del interesado.
3. **Permite la recepción de prueba** otorgándole facultades al tribunal para admitir la prueba que estime útil para la resolución definitiva, **pudiendo comisionar a uno de sus integrantes para que la reciba**, con participación de los intervinientes que se presenten.
4. Incluso, si el juez comisionado lo estima necesario **puede ordenar la recepción de prueba para mejor resolver**, con la salvaguarda que en caso que se produzca prueba oral, el juez que la haya recibido debe integrar el tribunal al momento de resolver.
5. Faculta a las partes a **ofrecer prueba cuando el recurso se fundamente en un defecto de procedimiento** y se discuta la forma en que fue llevado a cabo un acto, en contraposición a lo señalado en las actuaciones, en el acta o registro del debate, o en la sentencia.
6. También es admisible la prueba propuesta por el imputado o en su favor incluso la relacionada con la determinación de los hechos que

se discuten, cuando sea indispensable para sustentar el reclamo que se formula y en los casos en que se autoriza en el procedimiento de revisión.

7. El Ministerio Público, el querellante y el actor civil **podrán ofrecer prueba esencial para resolver el fondo del reclamo**, solo cuando antes haya sido rechazada, no haya sido conocida con anterioridad o esté relacionada con hechos nuevos.
8. El Tribunal de Casación rechazará la prueba oral que sea manifiestamente improcedente o innecesaria; pero, **si la estima indispensable, podrá ordenarla incluso de oficio**.
9. En lo que concierne a los vicios de la sentencia para justificar la casación, añade uno nuevo de corte sumamente amplio: **cuando la sentencia no haya sido dictada mediante el debido proceso o con oportunidad de defensa**.
10. Sobre el examen del Tribunal de Casación, la nueva norma faculta al Tribunal de Casación **apreciar la procedencia de los reclamos invocados en el recurso y sus fundamentos, examinando las actuaciones y los registros de la audiencia, de modo que pueda valorar la forma en que los jueces de juicio apreciaron la prueba y fundamentaron su decisión**. De no tener registros suficientes para realizar esa apreciación, **podrá reproducir en casación la prueba oral del juicio** que en su criterio, sea necesaria para examinar la procedencia del reclamo, y la valorará en relación con el resto de las actuaciones. De igual manera, **podrá valorar en forma directa la prueba que se haya introducido por escrito al juicio**.

3.2. Argentina.

La doctrina de ese país discute ampliamente las emergencias del denominado “**Caso Casal**” (Casal, Matías Eugenio y otros/ robo simple en grado de tentativa) cuya sentencia fue emitida por la Corte Suprema de Justicia Argentina el 20 de septiembre de 2005 y es identificada como una otra directa consecuencia del fallo de la Corte Interamericana. Además, textualmente la sentencia se remite reiteradas veces a varias de sus consideraciones.

Entre sus aspectos más importantes debe hacerse referencia a que en su apartado 34 interpreta el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación relativo a las causales de casación, señalando: “*Que en síntesis, cabe entender*

que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas”⁸.

Por su importancia y para una mejor comprensión, me permito transcribir el resumen publicado del caso en cuestión⁹:

"Hechos: Matías Casal fue condenado por el delito de robo con armas y se le impuso una pena de cinco años de prisión. Él apeló esa sentencia argumentando que no estaba probado que hubiera usado un arma y que la sustracción sólo había quedado en grado de tentativa. Si estos argumentos prosperaban, le correspondía recibir una pena significativamente menor. La Cámara Nacional de Casación Penal, que era la que tenía que resolver su recurso, lo rechazó. El fundamento fue que Casal pretendía la revisión de los hechos que se dieron por probados en la sentencia y que esto era ajeno a la competencia de la Cámara, que sólo puede revisar la manera en que se interpretaron y aplicaron las leyes penales y procesales. Así, Casal llevó el caso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Argumentó que el criterio adoptado por la Cámara de Casación había desconocido el derecho a apelar su condena reconocida en la Convención Americana y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con jerarquía constitucional.

Decisión de la Corte: La Corte Suprema hizo lugar al planteo de Casal y ordenó a la Cámara Nacional de Casación Penal que revisara la condena de Casal (voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti, Argibay, Highton de Nolasco y Fayt). La Corte remarcó que era indiscutible que a partir de la reforma constitucional del año 1994 todo condenado tenía derecho a recurrir el fallo. Luego analizó el fundamento mediante el cual la Casación había rehusado revisar la condena de Casal. La Corte señaló que la Casación había basado su postura restrictiva en la concepción histórica y tradicional sobre el rol de un tribunal de casación: la unificación de la aplicación de las leyes penales y procesales. Sin embargo, según sostuvo la Corte, además de ser éste un objetivo difícilmente realizable en un sistema federal, debido a su multiplicidad de jurisdicciones, no constituía en sí mismo razón suficiente para privar al condenado del derecho a obtener una revisión de su condena. La Corte analizó luego el argumento de que como la condena, en los procedimientos federal y nacional, es dictada al final de un juicio oral y público, ello ponía un límite al alcance de esa revisión. Teniendo en cuenta que la jurisprudencia internacional establece que la revisión de la condena debe ser integral, el Tribunal sostuvo que los únicos aspectos de la condena que no pueden ser reexaminados por la Casación son los que están íntimamente ligados a la inmediación. Es decir, aquellos aspectos excepcionales que se relacionen con ciertas consideraciones relativas a la prueba rendida ante los magistrados que sentenciaron,

⁸ <http://www.adccorte.org.ar/recursos/241/casal.pdf> el 15 de marzo de 2008.

⁹ Extractado de www.adccorte.org.ar el 15 de marzo de 2008

y que los jueces que revisan la condena por definición no pueden llegar a evaluar. De este modo, si bien los jueces de Casación no pueden revisar la impresión que un testigo causó en los magistrados sentenciantes, sí puede controlar la coherencia de su declaración testimonial y si esta tiene la fuerza necesaria para probar o no el hecho por el que el imputado ha sido acusado. Seguidamente la Corte remarcó que la norma procesal que regula el recurso de casación -art. 456 CPPN- no restringe el alcance del recurso entendido de este modo. Señaló que esta norma había sido interpretada restrictivamente -y por ende de modo inconstitucional- por haber sido leída a la luz de la mencionada justificación histórica, pero que su formulación en sí no era inconstitucional. Por ello, la Corte no declaró la inconstitucionalidad de la norma sino que estableció cuál es el criterio con que debe ser interpretada y aplicada”.

Antes del fallo analizado, el maestro argentino Germán BIDART CAMPOS refiriéndose al tema en análisis había ya alertado: “...como a nuestro criterio los tratados prevalecen sobre las leyes (bien que la jurisprudencia de la Corte no sostiene lo mismo), el requisito de la doble instancia en el proceso penal viene ahora exigido por un tratado, y Argentina debe cumplirlo, porque ese tratado ha entrado a integrar su derecho interno con prioridad sobre las leyes”, concluyendo que interpretaba que la Convención Americana obliga a la doble instancia en el proceso penal únicamente a favor del inculpado; o sea, el derecho de recurrir queda imperativamente atribuido solamente cuando el apelante es el inculpado objeto de condena penal.¹⁰

En Argentina la repercusión del caso Herrera Ulloa y luego Casal¹¹ ha sido tal, que incluso el 2006 se presentó en su legislatura un proyecto de ley proponiendo una reforma al citado art. 456¹² en el siguiente sentido: “*El recurso de casación podrá interponerse, respetando el principio de inmediación, contra las sentencias condenatorias y los autos que causen un gravamen de imposible de reparación al imputado en el trámite del proceso, por vicios esenciales vinculados a la interpretación del derecho, a la reconstrucción de los hechos, a la selección y valoración de las pruebas, a la extinción de la acción o a la dosificación de la pena. En ambos supuestos podrá también reconocerse el derecho al recurso a la víctima constituida en querellante*

¹⁰ José Raúl HEREDIA. “¿Casación o un nuevo recurso? De Jáuregui a Casal”, en WWW.acader.unc.edu.ar el 13 de marzo de 2008.

¹¹ Esa línea jurisprudencial fue seguida por la Sentencia de 25 de octubre de 2005 dictada dentro del caso “Martínez Areco” y por otras resoluciones tanto de la Corte Suprema como Tribunales Provinciales.

¹² “Recurso de casación. Procedencia. Art. 456. - El recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos: 1°) Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. 2°) Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación”.

y si, como consecuencia del mismo se produce la condena total o parcial del procesado, éste tendrá la posibilidad de impugnarla ante el órgano jurisdiccional declarado competente a tales efectos".¹³ Entiendo que hasta el momento el proyecto no ha recibido tratamiento definitivo por parte del Congreso Argentino.

Como se verá entonces, las repercusiones del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han comenzado ya no sólo a generar discusiones doctrinales, sino ya existe jurisprudencia e incluso legislación positiva que recepciona sus consideraciones.

El caso de Costa Rica es paradigmático toda vez que ha sido precisamente su Código Procesal uno de los principales e indiscutibles referentes del movimiento de reforma procesal penal latinoamericano.

4.- Las previsibles consecuencias en Bolivia ¿hacia un nuevo Paradigma?

Conforme reiteradas veces se ha sostenido en este estudio, uno de los resultados más evidentes producidos por la reforma procesal boliviana es la clara tendencia de la jurisprudencia para concentrar el análisis de los recursos de apelación restringida y casación sólo a las cuestiones de derecho, eliminando la posibilidad de ingresar a analizar cuestiones de hecho.

Tal postura no es casual y menos puede pasar desapercibida en nuestro contexto. A riesgo de parecer reiterativo en el tema, es pertinente insistir que en nuestra cultura jurídica todavía fuertemente influenciada por el inquisitivo, obedece a las graves distorsiones que esa cultura y su proceso penal generaron en el tratamiento y resolución de los antiguos recursos de apelación y también de casación y/o nulidad, vulnerando especialmente la elemental concepción respecto de la oralidad e inmediación y creando una dependencia para con el expediente tradicional. Lo más grave fue que de esa manera resultaron conculcados los principios constitucionales del juicio previo, defensa y presunción de inocencia.

De ahí se explica que la reforma boliviana haya incidido en recuperar la centralidad del juicio penal, generando la imposibilidad que sean jueces que no hayan tenido contacto con las partes y la prueba decidan respecto de elementos de hecho, por lo que los recursos deducidos contra la sentencia,

¹³ <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1496-D-2006>

deberán concentrar su análisis exclusivamente en la aplicación del derecho a los hechos que, deben mantenerse intangibles.

No obstante, nuestro sistema recursivo que aunque está claramente inmerso en la corriente reformista latinoamericana que postula la centralidad del juicio con las consecuencias ya comentadas, bien puede ser catalogado en lo que respecta al tratamiento de los recursos como tradicional, aunque a diferencia de otras legislaciones similares, no peca de ser formalista en extremo, al menos normativamente hablando. Tal juicio resulta a partir de comparar algunas de sus normas con sus fuentes más cercanas – tal el caso del CPP de Costa Rica y la emergente Ley de Apertura de Casación Penal-.

En esa línea adviértase que la disposición N° 1 correspondiente al punto 3.1 del presente trabajo introduce en Costa Rica el principio denominado por la doctrina “pro actione” por el cual la admisión y conocimiento del recurso no puede quedar supeditado a simples cuestiones formales, debiendo en su caso el órgano jurisdiccional otorgar a la parte recurrente cuyo recurso adolece de un defecto la posibilidad de subsanarlo en un lapso determinado. Por ser de factura posterior al CPP Costarricense este principio estaba ya previsto en el art. 399 de nuestro NCPP¹⁴ y ha sido ya ampliamente desarrollado por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional¹⁵ mediante sostenidas líneas jurisprudenciales.

De esta manera y con referencia sólo a este elemento en concreto, puede sostenerse razonablemente que nuestro sistema recursivo y especialmente la practica forense boliviana, a partir de la normativa sobre la materia ha construido una postura amplia en la procedencia del recurso, dejando de lado parte de los formalismos que sólo dificultan el acceso a la justicia.

No obstante, habrá que considerar que si bien la Corte Suprema ha sido rigurosa en exigir a las Cortes Superiores de Distrito el acatamiento de las emergencias del principio pro actione no lo ha sido consigo misma, pues suele declarar infundados los recursos de casación sometidos a su conocimiento precisamente por incumplimiento de cuestiones de forma tales como el no haber señalado la contradicción en términos claros y precisos; por no haber señalado y explicado en qué consiste la contradicción con el Auto de Vista impugnado o también por la no invocación oportuna del precedente contradictorio (extremo

¹⁴ **(Rechazo sin trámite).** Si existe defecto u omisión de forma, el tribunal de alzada lo hará saber al recurrente, dándole un término de tres días para que lo amplíe o corrija, bajo apercibimiento de rechazo. Si el recurso es inadmisibile lo rechazará sin pronunciarse sobre el fondo.

¹⁵ Sentencias Constitucionales N° s. 1044/03-R de 22 de julio; 1075/03-R de 24 de julio y ss. Autos Supremos N° s. 599/03 de 27 de noviembre; 71/04 de 9 de febrero y ss.

respecto del cual resta todavía establecer –jurisprudencialmente- si se trata de un requisito de forma o de fondo).

En esa línea sostengo que la futura doctrina legal aplicable debiera ampliar las emergencias del pro actione también a los recursos de casación pues no existen limitaciones al respecto y la tendencia mayoritaria en jurisprudencia y derecho comparado es esa, de forma que no sean declarados infundados estos recursos en ese tribunal por incumplimiento de simples requisitos de forma sin antes dar oportunidad al recurrente para subsanar esas cuestiones que imposibilitan el conocimiento del recurso en el fondo y, en esencia, pueden generar o mantener en muchos casos graves injusticias.

A esos efectos y mejor si es con base al pro actione, la Corte tendría que establecer doctrina legal aplicable distinguiendo cuales son requisitos de forma y cuáles son de fondo. A mi juicio conforme planteé con el propósito de iniciar el debate en “*Alcances del art. 399 del CPP en función al principio de tutela jurisdiccional efectiva: algunas perspectivas futuras*”¹⁶ con base al derecho de tutela judicial efectiva, deduzco que son requisitos de fondo los que no pueden ser subsanados por mucho que se concedan uno o varios plazos para el efecto (plazo hábil de interposición del recurso), mientras que los restantes que si pueden ser subsanados previa concesión de un plazo, debieran a efectos de aplicar el pro actione ser considerados de forma y por tanto subsanables, posibilitando de esa manera el efectivo acceso a la justicia y la tutela judicial de los recurrentes. Obviamente si el recurrente no subsana la observación dentro del plazo hábil concedido, procede la denegatoria del recurso.

Habrá también que admitir que la aplicación en nuestro medio del pro actione incluso en su actual formulación no ha sido fácil de lograr y que incluso perduran todavía posturas contrarias a esta doctrina legal aplicable y doctrina constitucional. Esto resulta claramente verificable por la significativa cantidad de doctrina legal aplicable votada en los últimos años por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, cuya inmensa mayoría está reiterativamente centrada en ordenar a las Salas Penales de las Cortes Superiores de Distrito que observen el art. 399 del NCPP concediendo el plazo respectivo para subsanar los defectos de forma, o lo que es lo mismo, eviten rechazar los recursos de apelación restringida por el incumplimiento de simples cuestiones formales, al extremo que ese entendimiento es el que con mayor frecuencia aparece en toda la doctrina legal aplicable dictada desde la vigencia plena del NCPP (2001 adelante).

¹⁶ En “Diálogo Jurídico” N° 4/2007. Revista de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia; Editorial Judicial. Sucre, noviembre de 2007; páginas 157-170.

Incluso, persiste todavía el entendimiento –errado en mi concepto- que los Vocales de las CCSSDD cuando hacen saber al recurrente de la existencia de defectos u omisiones de forma según el art. 399 del NCPP, no deben puntualizar en qué consisten esas omisiones por un sobreestimado riesgo de adelantar criterio en el fondo del asunto y dar lugar a posteriores pedidos de apartamiento de la causa ???

Por otra parte, otro elemento a destacar favorablemente de nuestro sistema consiste en que el art. 410 del NCPP (ofrecimiento de prueba) boliviano previó ya la posibilidad de producir prueba tratándose del recurso de apelación restringida cuando se haya fundamentado con base a un defecto de forma o procedimiento. Ese elemento ha sido introducido a la economía jurídica costarricense conforme se anota en el punto 5 respectivo.

Hasta aquí los elementos que a mi juicio pueden ser destacados como favorables o si se quiere, podrían ser señalados como adelantos respecto de la legislación procesal penal costarricense y que fueron luego recogidos por su Ley de Apertura de Casación Penal.

Dejando salvado que no pretendo que nuestra legislación copie textualmente las disposiciones de la norma citada o algunas otras foráneas, empero, dadas las obvias coincidencias de problemas procesales en el tratamiento de nuestros propios recursos penales y esencialmente la fuerza vinculante de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana, creo interesante y útil hacer el ejercicio de explorar algunas de las posibilidades que surgen al respecto.

Así, pese a los avances anotados precedentemente, es innegable que todavía el tratamiento del sistema recursivo penal boliviano mantiene una orientación formalista en el sentido que frecuentemente por cuestiones de forma, los tribunales de apelación restringida y/o casación evitan ingresar al análisis de fondo del caso, manteniendo o permitiendo incluso en algunos casos, errores y hasta injusticias registradas ante los Jueces o Tribunales de sentencia. Entonces, un primer elemento a explorar consiste en introducir vía doctrina legal aplicable los entendimientos suficientes para despojar de ese rasgo formalista el sistema recursivo, de forma que el acceso a la justicia de los recurrentes sea expedito y no una carrera de obstáculos, pese a los inconvenientes que esa postura podría generar. En esa línea, la Corte Suprema muestra grandes avances facilitando el acceso libre y gratuito desde cualquier lugar del país a su doctrina y jurisprudencia, mediante las nuevas aplicaciones

que brinda su página web <http://suprema.poderjudicial.gov.bo>¹⁷

La doctrina, especialmente la Argentina, ha planteado como respuesta a esas distorsiones y con base a las denominadas doctrinas de la arbitrariedad y de la arbitrariedad de la sentencia, un punto intermedio o equilibrado en la pugna de valoración de derechos Vs. hechos, sosteniendo: “...*en general un no a los hechos, pero sí un examen y consideración cuando el desvío de lo juzgado, por caso, en el núcleo de la prueba, tiene gruesas fallas lógicas y la evaluación de los medios ha llevado a resultados insostenibles (absurdo y/o arbitrariedad), desvirtuándose el sentido de la misma, supuestos en los que la revisión deviene insoslayable para que la solución jurídica sea correcta y al cabo, también justa...*”¹⁸. De ahí que se habla de la doctrina del máximo rendimiento, se entiende del recurso.

Por ello, a partir de los nuevos elementos introducidos por los ejemplos antes comentados en doctrina, jurisprudencia y legislación, puede sostenerse que la tendencia va inclinándose en sentido de: **1)** Evitar someter la admisión y en consecuencia conocimiento de los recursos a cuestiones simplemente formales que en definitiva impiden el acceso a la justicia del recurrente. Este aspecto ha comenzado ya a ser superado en alguna medida en Bolivia, aunque creo todavía limitado a las Cortes Superiores de Distrito (apelación restringida) y no a la Corte Suprema (casación). El próximo paso de la doctrina legal aplicable tendría que tender también a abarcar ese aspecto. **2)** Ingresar paulatinamente a realizar un examen integral de los elementos de hecho y derecho venidos en apelación o casación, SIN JAMAS dejar de lado el elemental respeto de los principios informadores del juicio oral, especialmente, la inmediación, publicidad y la defensa. **3)** En definitiva, la modificación del tradicional entendimiento del recurso de casación, tendiendo hacia la construcción de un nuevo recurso de casación que adopte por lo menos una posición intermedia o híbrida entre los actuales extremos respecto de la pugna entre hechos versus derechos, aunque, manteniendo indemnes los principios informadores del juicio oral y claro está, las garantías constitucionales que están detrás de aquellos. **4)** Es poco factible que esos cambios sean normativamente realizados toda vez que en el momento actual no existen las mínimas posibilidades de esperar algún tratamiento legislativo de estos temas, por lo que deberán ser introducidos mediante interpretaciones legales realizadas mediante la doctrina legal aplicable; aunque

¹⁷ Actualmente por ese medio se puede acceder no sólo a los Autos Supremos sino también a los Autos de Vista de las nueve Cortes Superiores de Distrito dictados en materia penal, además de tener sistematizada toda la jurisprudencia de esa materia.

¹⁸ MORELLO, Augusto. “La casación. Un modelo eficiente”. 2ª Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

es obvio, deben partir de la actual normativa positiva, interpretándola. Por ejemplo, existe ya alguna jurisprudencia indicativa arguyendo que el principio de inmediación no resulta vulnerado cuando el análisis de los tribunales que resolvieron los recursos fue apoyado en pruebas documentales. 5) Así las cosas, todo apunta que el futuro mediato de los recursos analizados, desembocará en la revisión integral de los fallos impugnados, aunque preservando los derechos y principios a los que se hizo reiterada referencia.

En esa línea, juzgo que más allá de pensar en reformas legislativas inmediatas o siquiera mediatas dadas las actuales prioridades legislativas que apuntan hacia otros temas (aunque las consecuencias del fallo de la Corte Interamericana también debieran darnos por aludidos a nivel Congresal), la doctrina legal aplicable de la Corte Suprema de Justicia tiene ante sí el enorme desafío de recepcionar estas tendencias procesales prácticamente universales *en la medida que la actual legislación lo permita* –un excelente ejemplo es lo ya acontecido con el pro actione aunque estaba normativamente previsto - de forma que el tratamiento de nuestros recursos de apelación restringida y casación precautelando en todo momento los principios antes mencionados, pueda ofrecer nuevas interpretaciones que permitan en casos por lo menos excepcionales, avanzar hacia la construcción de una doctrina más afín a posturas intermedias entre la casación tradicional y las nuevas corrientes, pero mucho más cercanas al fin definitivo de la administración de justicia: hacer justicia en el caso concreto.

Sucre, CAPITAL de la República de Bolivia, abril de 2008

5.- Bibliografía.

BERTOLINO, Pedro. “*La metamorfosis del recurso de casación penal*”, en “Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González”. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. 2007. 1ª Edición.

BINDER, Alberto. “Introducción al Derecho Procesal Penal”. 2ª edición, Editorial Ad- Hoc; Buenos Aires, 1999.

HEREDIA José Raúl. “¿Casación o un nuevo recurso? De Jáuregui a Casal”, en www.acader.unc.edu.ar

<http://suprema.poderjudicial.gov.bo>

<http://www1.hcdn.gov.ar>

Las nuevas Tendencias en el recurso de Casación Penal...

MORELLO, Augusto. "La casación. Un modelo eficiente". 2ª Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

ROXIN, Klaus. "Derecho Procesal Penal". Ediciones Del Puerto. Buenos Aires, 2000.

SANDOVAL PARADA Héctor y GARECA PERALES Pedro. "Doctrina Legal Penal en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". Imprenta Gaviota del Sur, Sucre, marzo de 2008.

SOJO PICADO, Guillermo. Documentos distribuidos en el curso "Recursos y Sistemas de Impugnación en el proceso penal boliviano". Instituto de la Judicatura de Bolivia –GTZ- Reforma Procesal Penal. Sucre, 28 al 31 de enero de 2008.

YAÑEZ CORTES, Arturo. "Régimen de Impugnación en el Sistema Acusatorio Oral Boliviano" Imprenta Gaviota del Sur, Sucre; 2005

"Alcances del art. 399 del CPP en función al principio de tutela jurisdiccional efectiva: algunas perspectivas futuras". En *Diálogo Jurídico* N° 4/2007. Revista de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia; Editorial Judicial. Sucre, noviembre de 2007.

www.adccorte.org.ar

www.ncppenalbo-gtz.org

LA ATRIBUCIÓN POR EL TRIBUNAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Raquel Castillejo Manzanares*

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- El ejercicio de la patria potestad. 3.- La norma habilitante de la guarda y custodia compartida. 3.1. Presupuestos legales para la adopción de la custodia compartida. 3.2. Valoración por el juez del interés del menor y el informe de los especialistas. 3.3. Resolución del órgano jurisdiccional. 3.4. La violencia doméstica imposibilita la adopción de la custodia compartida. 4.- Medidas que acompañan a la atribución de la custodia compartida.

1.- Introducción.

Para introducirnos en el estudio del procedimiento de atribución de la guarda y custodia compartida a ambos progenitores, creo necesario comenzar diferenciando la guarda de la patria potestad. Así bien, esta última representa el conjunto de derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos, y tiene como fundamento suplir las carencias de los hijos menores o incapaces, tanto en orden personal como patrimonial y jurídico, con la finalidad protectora de los intereses del menor o incapaz¹. Su contenido viene previsto en el artículo 154 CC, según el cual el ejercicio de la patria potestad comprende “*1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.*

2º Representarlos y administrar sus bienes”.

La separación de los padres en cuanto situación de hecho, esto es, independientemente de la base jurídica a que responda la misma, no puede suponer alteración de la titularidad de la patria potestad, si bien conducirá normalmente a que se atribuya su ejercicio a uno de los progenitores, es decir, manteniéndose la titularidad conjunta se confiará a uno de los padres lo que viene denominándose guarda y custodia. Si bien el ejercicio de la patria potestad es un concepto más amplio que el de la guarda y custodia, pues comprende además la administración de los bienes de los hijos menores.

* Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela
¹ PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., Patria potestad, Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales, adaptado a las leyes 13/2005 y 15/2005, Madrid, 2005, pág. 159.

Así pues, lo normal en supuestos de crisis matrimonial es que la patria potestad la continúen teniendo ambos progenitores, siendo los responsables legales de los hijos, consensuando conjuntamente las decisiones que afecten a los aspectos más importantes de la vida de los mismos. Mientras que ejercer la guarda y custodia implica convivir con los hijos y tomar decisiones que afectan a su día a día, pero la responsabilidad, así como la obligación legal de velar por su prole, educarla, alimentarla y procurarla un desarrollo integral, es tanto del progenitor custodio como del no custodio, aunque este segundo tiene una menor participación².

Pues bien, respecto al ejercicio de la patria potestad, el juego de los artículos 90 y 159 CC disponen que, en lo relativo a la resolución del juez, debe estarse a lo que decidan los progenitores de común acuerdo respecto del ejercicio, y el Tribunal lo aprobará en cuanto no estime que el mismo puede resultar dañoso para los hijos, aunque no habiendo acuerdo o no siendo aprobado por el tribunal, éste decide sin que pueda incurrir en incongruencia, pues no rige el principio dispositivo. De hecho la sentencia sobre guarda y custodia es de carácter necesario, no se halla vinculada por el principio dispositivo, no está el juez sometido a la congruencia, y no debe admitir actos de disposición, aunque trate de favorecer el acuerdo de las partes.

2.- El ejercicio de la patria potestad.

Hasta hoy día, la jurisprudencia ha venido diferenciando varias formas de ejercicio de la patria potestad, siendo su utilización jurisprudencial muy desigual. De hecho, las variantes sobre las que han venido resolviendo nuestros tribunales son, la atribución total del ejercicio de la patria potestad a un progenitor, el reparto del ejercicio de la patria potestad, la atribución de la guarda y custodia a un tercero, la privación total de la patria potestad y el ejercicio compartido de la patria potestad.

La fórmula más habitual hasta ahora ha sido la atribución total del ejercicio de la patria potestad a un progenitor, lo que supone la titularidad compartida de la patria potestad, y atribución total del ejercicio de la patria potestad a aquel a quien se le confió la guarda y custodia, aunque existen determinados actos jurídicos de ejercicio conjunto, como la emancipación -art. 317 CC-, o la adopción -art. 177.2.2º CC-. También actos cotidianos, como la educación o la salud, deben decidirse por los titulares.

² BARBERO, T/PEÑA, E/GAJA, I/GALÁN, C., Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La nueva Ley de Divorcio, Madrid, 2005, pág. 45.

La Atribución por el Tribunal de la Guarda y Custodia compartida

Antes de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se reforma el Código Civil, la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en supuestos de crisis matrimonial tendía, en caso de nulidad, a la buena o mala fe, y para la separación, a la inocencia o culpabilidad. La decisión por tanto giraba entorno a lo que había sido la relación de pareja y no el interés del menor³.

Será posteriormente, con la Ley 30/1981, cuando se busque el interés del menor. Precisamente atendido al interés del menor la jurisprudencia se decanta para atribuir a uno u otro padre el ejercicio de la patria potestad de una forma casuística. De tal forma que son muchas las sentencias que se refieren al *favor filii*⁴, siendo bastante difícil decidir en el caso concreto qué es.

Y precisamente como resultado de la búsqueda del interés del menor en todo caso, es por lo que el legislador ha previsto expresamente en su artículo 92 CC, tras la reforma acaecida por Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que la patria potestad puede ejercerse conjuntamente por ambos progenitores.

La custodia compartida entendida como la atribución del ejercicio de la patria potestad de forma compartida a ambos progenitores, ha sido hasta el momento presente escasamente acordada por los Tribunales, pues, a la vista

³ A este respecto pone de manifiesto la SAP de Segovia de 27 de junio de 1988, como "La reforma introducida en nuestro Código Civil por la Ley de 7 de julio de 1981, rompió radicalmente con el criterio anterior, muy criticado doctrinalmente, de resolver el problema de la distribución de los hijos entre los cónyuges tras un proceso de nulidad o separación conyugal, atendiendo a la buena o mala fe de cada cónyuge en los casos de nulidad, y a la culpabilidad en la separación, respondiendo a principios que para nada tomaban en consideración lo más conveniente para el destinatario principal de la medida: el propio menor. La norma actual, siguiendo criterios del Derecho Comparado, prescinde de la culpabilidad para atender únicamente a lo que resulta más beneficioso para el menor (art. 92), "tras oírle si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años" pudiendo recabar el dictamen de especialistas para determinar precisamente qué decisión es la más beneficiosa para el menor. Debe, en consecuencia, descartarse cualquier argumentación que utilice al hijo como mercancía o como objeto que premie el mejor o peor comportamiento de cada uno de los cónyuges, así como aquellas que se fundamentan en el interés del progenitor que solicita la custodia y no en el propio hijo".

⁴ Según la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 7 de abril de 2003, "la decisión de la juzgadora está inspirada en el favor filii, y tiene en cuenta todas las circunstancias acreditativas en autos, si bien entre ellas asume una influencia crucial en el fallo el hecho de que la jornada laboral de la esposa esté sujeta a turnos rotatorios que quedaran bajo la guarda y custodia de su madre, las exigentes condiciones laborales a que se ve sometida determinarían que en cualquier momento los menores puedan quedar al cuidado de una tercera persona, ajena a la relación paterna-filial, lo que no estaría justificado desde el interés de los menores toda vez que por parte de estos razonamientos han de ser aceptados por la Sala, en cuanto que una vez analizado lo actuado en la primera instancia la propia Sala llega a la conclusión de que la juzgadora de instancia acometió un análisis conjunto de todo el material probatorio, ponderando las circunstancias que concurren en los progenitores y las que rodean a la unidad familiar y a los menores, en la valoración de cuál es el ambiente más propicio o menos perjudicial para el desarrollo de sus facultades intelectuales y afectivas".

de no hallarse prevista expresamente en la ley, su aplicación se ha venido haciendo, atendiendo al caso concreto⁵.

En cualquier caso, el criterio jurisprudencial pasaba por entender que la custodia compartida debía ser denegada por resultar poco aconsejable⁶, o inadecuada, por ser poco, en definitiva, coherente con al *favor filii*. En este sentido se pronuncia la SAP de Valencia de 2 de marzo de 1991, según la cual *“Tratándose de una cuestión de derecho necesario, que facultaría incluso para resolver a los órganos jurisdiccionales ex officio e imperativamente, si es que así lo demandasen los intereses de los hijos menores de un matrimonio en crisis, lo cierto es que, planteada esa solución de “guarda compartida... desaconsejable también desde el punto normativo... y, desde luego, nunca argumentable por el artículo 14 de la Constitución... Pero es que, aparte de ello, desde los puntos de vista psicológico y pragmático, esta solución que ahora se patrocina, sería previsiblemente perjudicial para los menores, sometidos a toda inseguridad y abocados a una verdadera inestabilidad de vida y emocional, en función de actitudes temporalmente coincidentes de cada uno de los padres sobre ellos y previsiblemente contradictorias de la autoridad del otro progenitor; agravado, todo, por la falta de concreción de las circunstancias bajo las que e habría de ejercer esa custodia en cada momento y por ambos a la vez, o sucesivamente, y las de las sustituciones o limitaciones recíprocas que fueron convenientes”*.

3.- La norma habilitante de la guarda y custodia compartida.

3.1. Presupuestos legales para la adopción de la custodia compartida.

El legislador ha utilizado los términos con corrección al referirse a la expresión custodia compartida, dado que ante la ruptura de la pareja no

⁵ SAP de Valencia de 22 de abril de 1999 según la cual “La regulación legal parece partir del criterio de atribución de la custodia sólo al padre o sólo a la madre, no a ambos conjuntamente. Así...

Sin embargo, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas. Es más, si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos, deberán los tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás. Está claro que para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos, resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores. En autos no se ha planteado esta posibilidad, pero puede plantearse de oficio el Tribunal, que no constreñido por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en materia que afecta al interés público de resolver, en beneficio de los niños, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores”.

⁶ SAP de Valencia de 2 de marzo de 1991; SAP de Girona de 9 de febrero de 2000.

La Atribución por el Tribunal de la Guarda y Custodia compartida

es posible hablar de guarda conjunta, pues resulta imposible que ambos progenitores ejerzan a un mismo tiempo, es decir, de forma simultánea, ese cuidado del menor, ya que de hecho van a vivir separados.

Por otro lado, ha pretendido dar una importancia fuera de lo que había sido común a la custodia compartida, instando a que la soliciten ambas partes, bien en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a un acuerdo en el transcurso del procedimiento, e incluso en aquellos supuestos de solicitud por uno de los progenitores. A este respecto, a pesar del interés que parece manifestar el legislador por la adopción de la custodia compartida, se ponen trabas al tribunal para acordarla, tanto en cuanto a la exigencia de instancia de parte como en cuanto a la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, quien habrá de emitir informe, el que habrá de ser favorable cuando solicite la custodia compartida un solo progenitor, pues, en caso contrario, no cabe que el tribunal la acuerde.

Así pues, en los supuestos de petición de custodia compartida por uno de los progenitores, será preciso el informe favorable del Ministerio Fiscal, el cual no se ha de entender como vinculante, de forma tal que si es favorable haya de adoptar el juez la custodia compartida y en caso contrario no. Ello se deduce de que el artículo 92 en su apartado 6 únicamente exige que antes de acordar el juez, cuando sea pedido por ambas partes, el régimen de guarda y custodia compartida, recabe el informe del Ministerio Fiscal. Mientras que, en el apartado 8, prevé como presupuesto necesario para acordar la guarda y custodia compartida, cuando sólo haya sido pedida por una de las partes, el informe favorable del Ministerio Fiscal, sin el cual no podrá acordarse aquello⁷.

Esta exigencia es en todo punto criticable, pues la libertad de decisión del juez y de los progenitores, proclamada en la Exposición de Motivos, se cercena al dar la batuta de mando al Ministerio Fiscal en su función de informador. Por ello parece conveniente que se suprima el requisito de que el informe del Fiscal tenga que ser favorable, y se dé una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley prevé que resulta necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo.

⁷ Según la SAT de Sevilla de 21 de diciembre de 1987 "El principio de autonomía de la voluntad, inspirador de los convenios entre cónyuges, elimina toda la normativa legal vigente, limitándose la intervención judicial, con el informe del Ministerio Fiscal, a evitar que estos pactos puedan producir perjuicios para los hijos comunes. Si estos no se producen, habrá de estarse al convenio que, examinado, cumple todas las exigencias del artículo 103 CC, ya que la impugnación de tales pactos por vicios inherentes a la declaración de voluntad ni se ha cuestionado ni procede examinar en este procedimiento".

3.2. Valoración por el juez del interés del menor y el informe de los especialistas.

El tribunal, una vez cumplidos los presupuestos legales exigidos para poder acordar la custodia compartida, tiene libertad para resolver sobre ella, valorando, en el supuesto de acuerdo de los progenitores, las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia, la prueba practicada en ella y la relación que los padres mantengan entre sí y su hijo. En todo caso, el juez en su decisión valorará el interés del menor, el que sirve de termómetro con el que se mide la conveniencia de adoptar la custodia compartida, tanto con acuerdo de ambos cónyuges, como a instancia de uno. Y en este marco, se busca reforzar en los progenitores la idea de que las crisis de la pareja no deben afectar a los hijos, al menos en cuanto al régimen de obligaciones que tienen respecto a ellos, debiendo buscarse el compartirlas en el mismo modo existente con anterioridad a la situación de crisis.

Respecto a la resolución en la que se atribuya la guarda compartida a petición de uno de los cónyuges, cabe destacar que aunque parece resultar más adecuada en aquellos supuestos en que existe un acuerdo entre ambos progenitores, y que es muy difícil poder llevarla a cabo si no existe una predisposición a ella por ambos; sin embargo, en la práctica de los Juzgados de Familia, se da en ocasiones, que la disputa sobre la guarda se produce en situaciones en las que ambos progenitores podrían perfectamente llevarla a cabo de forma conjunta. Se trata de casos en los que ambos tienen y han tenido en el pasado muy buena relación con los hijos, y ambos disponen de tiempo suficiente y, a veces, además, ese tiempo que tienen libre no coincide entre ellos, lo que permite que el niño pueda estar con uno y con otro incluso diariamente. No obstante, no son capaces de llegar a un entendimiento en el modo y forma en el que van a alternar los períodos de estancia con sus hijos. La experiencia indica, por tanto, que en algunos supuestos contenciosos, aunque sean los menos y tengan, como dice la propia reforma, carácter excepcional, la mejor solución de las posibles es la de custodia compartida.

En todo caso, y para que los hijos puedan también mostrar cuál es su interés, se mantiene la obligación de oírlos si tuvieran suficiente juicio. Sin embargo, no por el mero hecho de tenerlo deben ser oídos, se exige que el Tribunal lo estime necesario de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor. No parece una regulación muy adecuada al interés del menor, pues su audiencia debe ser obligatoria siempre y en todo caso, cuando los hijos tengan suficiente juicio, no debiendo producirse resoluciones relativas a la guarda y custodia de los mismos, sin que se les haya pedido intervención.

La Atribución por el Tribunal de la Guarda y Custodia compartida

Además el juez tiene la posibilidad de solicitar el informe de los especialistas, término más correcto que el habido en la anterior regulación, facultativos, el cual le servirá de apoyo para valorar la conveniencia de la adopción de la medida, habiéndose suprimido las circunstancias exigidas en el proyecto de ley, relativas a la obligatoriedad de recabarlo de perito psicólogo, y de que fuera favorable. Y, sin duda, no tiene porque ser obligatorio el recabar dicho informe por el órgano jurisdiccional, sin embargo parece en todo caso conveniente a fin de que aquél valore la prueba practicada en la comparecencia, haciendo especial incidencia en la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos. En efecto, la valoración de esa relación resulta esencial para poder determinar, como dice el artículo 92.6, la idoneidad de la familia para la adopción del régimen de guarda compartida, y para ello el recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados deviene el método más idóneo.

3.3. Resolución del órgano jurisdiccional.

En el momento de la resolución sobre la guarda y custodia, el juez podrá decidir desestimar la petición de guarda y custodia compartida, incluso cuando la solicitud se hiciera de mutuo acuerdo. En efecto, el precepto en principio parece inducirnos a considerar que si existe acuerdo de los cónyuges, el juez debe preceptivamente acordarla, “*se acordará el ejercicio compartido por uno de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento*”. Sin embargo, a continuación, en su apartado 6, exige que antes de acordar dicho régimen tome en cuenta determinadas cuestiones, como el informe del Fiscal, la audiencia del menor, las alegaciones de las partes, la prueba practicada, todo ello a fin de lograr la mejor resolución en interés del menor.

Por otro lado, si la custodia compartida se solicita a instancia de uno sólo de los progenitores, parece que la apreciación de la concurrencia de estas circunstancias habrá de hacerla “a priori”, como ya hemos manifestado con anterioridad, el Ministerio Fiscal, pues se requiere su informe favorable, para después que el Juez pueda resolverla fundamentándola en el interés superior del menor.

Si el juez resuelve que el régimen más idóneo para el caso concreto es el de guarda y custodia compartida, habrá de acordar cual es la modalidad, en especial la temporalidad y el modo de distribuirse su ejercicio, serán acordadas por el juez. El problema radica en que para acordarlo el juez, el legislador

no da ningún parámetro. A este respecto opino como lo hace Pérez Ureña⁸, que aunque la custodia compartida es aquella en la que ambos progenitores se encargan de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos, existen diversos supuestos: una primera sería aquella en la que ambos cónyuges comparten permanentemente el cuidado de los hijos. Esto ocurre cuando los cónyuges siguen viviendo en el mismo domicilio tras la separación, o cuando cada uno de los progenitores fija su domicilio en partes distintas de una misma vivienda. También hay guarda compartida cuando se realiza una distribución temporal de los hijos: los hijos permanecen con cada uno de los progenitores por períodos alternos: días, meses o años; y la tercera posibilidad es aquella en la que los hijos permanecen constantemente en el domicilio familiar y son los padres los que periódicamente se trasladan a la vivienda para atenderlos. Así bien, el nuevo texto legal, simplemente, omite toda referencia a modalidades concretas de régimen de guarda y custodia compartida.

3.4. La violencia doméstica imposibilita la adopción de la custodia compartida.

Únicamente se prevé una causa, la violencia doméstica, que impide al tribunal acordar la custodia compartida. Así imposibilita al Juez acordarla cuando, en primer lugar, cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. En este supuesto cabe que siendo la mujer la que esté incurso en el proceso penal, solicitada la guarda compartida por uno o ambos cónyuges, y concurriendo el resto de presupuestos exigidos en el artículo 92 CC, no pueda el juez civil acordarla; por otro lado, si se trata del hombre y estamos ante un supuesto de violencia de género, no es que no proceda la guarda compartida, sino que

⁸ PÉREZ UREÑA, A., La custodia compartida en la ley 15/2005, Boletín de Legislación, El Derecho, año IX; núm. 396, de 3 de octubre de 2005, pág. 2.
Según PASTOR VITA., F.J., Una primera aproximación al proyecto de ley de reforma del código civil en materia de separación y divorcio, Revista La Ley, año XXVI, número 6235, 2005, pág. 22, considera que "parece adecuado que, de lege ferenda, se hubiese contemplado un régimen de visitas continuado, como el existente en Francia, en el que se establece una serie de exigencias como la de que los progenitores vivan en la misma ciudad y cerca de los centro escolares para que los menores no tengan que cambiar de colegio. Se trataría, pues, de establecer ciertos límites razonables a una custodia compartida indiscriminada, al tiempo que se amplía el derecho al régimen de visitas del progenitor no conviviente, de manera que no se impida a éste relacionarse con su hijo de una manera satisfactoria, al tiempo que deberían reforzarse las cautelas para que el progenitor conviviente no ponga trabas e impedimentos al ejercicio de este derecho del otro progenitor y del menor o mantener entre ellos una relación fluida. No olvidemos que, constitucionalmente, los progenitores no tienen únicamente deberes, sino también un poder de intervención prioritario en el cuidado y asistencia de los hijos, del que se podría derivar este derecho de los padres no convivientes a tener una relación continuada y permanente con sus hijos.

La Atribución por el Tribunal de la Guarda y Custodia compartida

el Juez civil que está conociendo pierde su competencia a favor del juez de violencia contra la mujer, el que no podrá en ningún caso acordar la guarda compartida.

Por otro lado, resulta un tanto confusa la expresión “*esté incurso en un proceso penal*”, pues no queda determinado en qué momento tiene que estar el sujeto activo del acto de violencia para que el Juez aplique lo dispuesto en el artículo 92 CC. A este respecto, cabe acudir a la interpretación relativa a la atribución de competencias civiles a los Jueces de Violencia de género una vez que “*haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal*”. Así nos preguntamos si resulta suficiente con la denuncia de los hechos, o es preciso que se hayan incoado diligencias previas o juicio de faltas o haberse dictado auto de admisión de la querrella, evitando con ello cualquier incertidumbre sobre el exacto alcance de tal iniciación.

Parece en todo caso que no es necesario que se haya dictado auto de admisión de la querrella, dado que en el art. 87 ter.7 LOPJ se prevé que cuando el Juez apreciare que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyan expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente, y en ese supuesto no cabe que asuma competencias civiles. En caso contrario, cuando se trate de actos constitutivos de violencia de género, deberá apreciar su competencia civil, si concurre el otro de los presupuestos del art. 87 ter.3, esto es, la calidad de imputado del demandado.

Recordemos a este respecto que la calidad de imputado requiere de actuación judicial, así lo prevé el art. 118.2 «*La admisión de la denuncia o querrella y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito*». Actuación judicial, que precisa, sin duda, de otra previa, sin que sea suficiente la mera denuncia o querrella. En este sentido, dice De la Oliva⁹, que «*si respecto de unos hechos de apariencia delictiva no existe proceso penal y esos hechos se exponen en una querrella, la admisión de esto comporta el inicio del proceso. Parece, pues, que a la querrella le corresponde un papel de promoción del proceso y, por tanto, cabe pensar que la acción penal, a la que la querrella sirve de vehículo formal, puede configurarse como un derecho a la actividad jurisdiccional o procesal penal. Así viene siendo entendida por la acción penal: como un “ius tu procedatur”, un derecho a la jurisdicción*».

En segundo lugar tampoco podrá acordarla cuando, no estando abierto un proceso penal, el juez advierte, por las alegaciones de las partes, las pruebas

⁹ De la Oliva Santos, Derecho Procesal Penal, Madrid, 1993, pág. 178.

practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. En este supuesto, al regularlo el legislador respecto de la violencia doméstica y no sólo de género, caben dos situaciones: en primer lugar que tratándose de violencia doméstica, el juez civil que esté conociendo no pueda acordar la guarda compartida; y en segundo lugar, cuando de violencia de género se tratara, el juez civil, tras verificar que concurren los factores que determinan la competencia civil de los Juzgados de Violencia, ha de citar a una comparecencia al Ministerio fiscal y las partes, la que se celebrará en las siguientes 24 horas, a fin de que el juez tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. A continuación el juez civil ha de seguir tramitando la causa hasta que llegue el requerimiento de inhibición del juez de violencia, tras que el Ministerio Fiscal o las partes hayan presentado al correspondiente denuncia por violencia de género.

4.- Medidas que acompañan a la atribución de la custodia compartida.

En todo caso, cuando el órgano jurisdiccional establece en su sentencia el sistema de guarda y custodia, con él resuelve sobre otras medidas correlativas, sea el régimen de visitas, la pensión de contribución de los progenitores al sostenimiento de los hijos menores de edad, así como la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar.

En cuanto al régimen de visitas parece obvio que aunque el reparto del tiempo de los hijos menores sea equitativa entre ambos cónyuges, durante el período de tiempo que no estén con uno de los progenitores, éste tendrá derecho a ver a sus hijos y a tener comunicación con ellos, por lo que se hace preciso que junto a la guarda compartida se fije el régimen de visitas de cada uno de los progenitores durante el tiempo que no lo tengan en su compañía.

Por otro lado, el artículo 96 CC prioriza el pacto relativo al domicilio familiar, por tanto, prevalece una regla sobre las demás, en cuanto a la hora de determinar la atribución del uso de la vivienda el Juez ha de estar al acuerdo alcanzado por los cónyuges o componentes de la pareja cuya convivencia ha cesado. En todo caso, dicho acuerdo ha de ser aprobado por el juez, pudiendo rechazarlo si el acuerdo es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.

Pero si de un proceso contencioso se trata, la atribución de la guarda lleva consigo la atribución al progenitor custodio del derecho de uso y disfrute del que fue el domicilio familiar, pues el artículo 96 CC prevé que corresponde

La Atribución por el Tribunal de la Guarda y Custodia compartida

a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. En tales casos, pues, la atribución del uso de la vivienda familiar viene marcada por la ley sin que el juez tenga potestad para actuar y resolver de forma diferente, salvo que concurran circunstancias excepcionales que recomienden otra decisión.

Esto, sin duda, plantea un problema, y es el relativo a si, atribuida la guarda de manera compartida a ambos progenitores, quedándose por tanto, el menor por períodos con ellos, a quién se le ha de atribuir el uso y disfrute de la vivienda a la vista de lo previsto en el artículo 96 CC. En estos supuestos el legislador no prevé nada al respecto, por lo que parece conveniente acudir al criterio de cuál sea el cónyuge más necesitado de protección.

En definitiva, y tal como analiza HERRERA PUENTES¹⁰, el Juez habrá de valorar entre otros, los siguientes factores: a) situación económica en la que queda cada grupo familiar; b) posibilidades de cada grupo familiar de contar con una vivienda distinta a la familiar para cubrir sus necesidades de alojamiento; c) edad de los hijos y número de ellos que quedan con cada uno de los progenitores; d) estado de salud de los hijos y de los progenitores; e) problemas de adaptación de los hijos para desarrollar su vida en otra vivienda, aun dentro de la misma población donde esté la familiar; f) cercanía de la vivienda a los centros donde cursan sus estudios los hijos y de trabajo de los progenitores; g) posibilidades de desplazamiento a tales centros... etc.

En lo relativo a la pensión de alimentos, en principio el Juez puede atener a lo pactado en el convenio regulador, con tal que se garantice el derecho de los menores a ser educados y mantenidos por sus progenitores; pero si no es el caso y las partes no se ponen de acuerdo, resuelta la guarda compartida, el órgano jurisdiccional la podrá establecer teniendo en cuenta como parámetros, los ingresos y capacidad económica de cada progenitor, las necesidades y situaciones concretas de los hijos comunes, así como las estancias que se hayan establecido de los menores con cada uno de los progenitores. Además se podrá tener en cuenta a cual de los progenitores se les ha atribuido el uso y disfrute de la vivienda familiar. Aunque también cabe que el órgano jurisdiccional resuelva que cada uno de los progenitores se haga cargo de los gastos de sus hijos durante el tiempo que convivan con él, repartiendo los extraordinarios por mitad. En este sentido resolvió la SAP de Valencia de 22 de julio de 2005 *“Cada uno de los cónyuges sufragará los gastos y necesidades de los menores mientras se encuentren a su cargo. 4º) Cada progenitor sufragará la mita de los*

¹⁰ HERRERA PUENTES, P.J., Vivienda: atribución del uso, Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales, adaptado a las leyes 13/2005 y 15/2005, Madrid, 2005, pág. 614.

gastos extraordinarios que devengue su hijo menor, tales como operaciones quirúrgicas, prótesis, largas enfermedades, etc..., siempre que se acrediten suficientemente, sean consultados previamente o sean autorizados por el juzgado en el caso de discrepancia entre los padres”¹¹.

¹¹ A este respecto opina MONTERO AROCA, J., Separación, divorcio tras la Ley 15/2005, Valencia, 2005, pág. 147, que en la práctica se advierte que la guarda conjunta suele acordarse cuando se trata de progenitores de cierto nivel cultural y económico, de modo que entonces suele disponerse que cada progenitor se hace cargo de la alimentación de los hijos en el período que éstos permanecen con él y sin imponer pago de alimentos al otro progenitor, sin perjuicio de que los gastos escolares y los extraordinarios se dividen por mitad.

OBRAS DE INFRAESTRUCTURA BAJO FINANCIACIÓN PRIVADA: LA EXPERIENCIA EUROPEA DEL PROYECTO EUROTÚNEL FRENTE AL PROYECTO ARGENTINO-BOLIVIANO DEL GASODUCTO

Isabel Reig Fabado*

SUMARIO: 1.- Introducción. 1.1. Antecedentes. 1.2. Rasgos generales. 2.- La determinación del derecho aplicable en el caso Eurotúnel. 2.1. La cláusula de determinación del Derecho aplicable en el asunto Eurotúnel. 2.2. La denominada doctrina del tronco común. 2.3. El reconocimiento por parte del juez estatal de la solución adoptada. 3.- La resolución de controversias en el asunto Eurotúnel. 3.1. Introducción. 3.2. El Comité de expertos del Eurotúnel. 3.3. Los arbitrajes Eurotúnel. 3.4. La intervención de los tribunales estatales en el asunto Eurotúnel. 4.- Conclusiones.

1.- Introducción

En junio de 2005 los presidentes Kirchner y Morales se reunieron para firmar los acuerdos que fijaban los precios de venta del gas boliviano a Argentina. En esta reunión se acordó impulsar la construcción de una obra civil de infraestructura afectante a los dos países de gran envergadura: el *Gasoducto del Noreste Argentino (GNA)*, en el eje Mercosur-Chile. Un gasoducto de más de 1500 km. de longitud que atravesando el sur de Bolivia y las provincias del norte de Argentina incrementa de manera capital el volumen de venta de gas entre Argentina y Bolivia.

La financiación de este proyecto de una cuantía superior a los 1000 millones de dólares afecta a los dos Estados implicados y se prevé, en un alto porcentaje, la intervención de la financiación privada (Repsol y Techint).

En Bolivia, asimismo, se inició en el año 2000, la licitación para la primera concesión privada de autopistas con el proyecto Santa Cruz-Los Troncos a las que siguieron otras en años posteriores donde se licitan varios miles de km. Lo cierto es que el gobierno boliviano pretende articular la red de infraestructuras a través del Programa de Política Nacional de Concesiones

* Profesora Asociada de Derecho internacional privado
Universidad de València

de Obras Públicas que abre la puerta a las inversiones privadas que podrán recuperar su inversión y realizar los beneficios a través de la explotación de la obra una vez terminada. La reorganización del Servicio Nacional de Caminos (SNC) prevé la intervención de organismos como el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial.

No cabe duda que la financiación privada de las obras de infraestructura se presenta como un recurso en la vertebración de la red de infraestructuras. En el ámbito europeo, esta vía ha gozado de un alto grado de aceptación en diferentes países que encuentra su precedente más importante en la realización del túnel subterráneo del Canal de la Mancha que conectaba a Reino Unido con Francia. El análisis de los distintos aspectos jurídicos de este proyecto se presenta como revelador en medio del debate en torno a las vías de financiación de este tipo de obras.

Así, el 6 de mayo de 1994, la Reina Isabel de Inglaterra y François Mitterrand, presidente de la República Francesa, inauguraban el túnel subterráneo del Canal de la Mancha que une Francia y Reino Unido materializando un proyecto perseguido durante siglos.

El asunto del túnel del Canal de la Mancha –conocido como *Channel Tunnel* o *Eurotunnel*- se presenta como un fenómeno cuya trascendencia económica, política, técnica y jurídica lo han convertido en un proyecto conocido, desde un punto de vista social, que presenta –a su vez- aspectos jurídicos muy interesantes¹. Así, desde la perspectiva técnica, se trata de un túnel de 50 Km. de longitud, de los que 39 Km. están por debajo del mar –la vía submarina más extensa del mundo-. Y desde el plano comercial, el transporte de pasajeros, entre 1994 y 2000, había alcanzado la cifra de 57 millones de personas (cifra equivalente a la población de Reino Unido).

Se trata de un proyecto de infraestructura de obra pública bajo financiación privada, que cuenta con un contrato internacional de ingeniería en el que se utiliza el contrato modelo de la asociación internacional profesional más importante en el ámbito de la ingeniería: la *Fédération Internationale des Ingenieurs Conseils* (FIDIC)².

¹ Asunto del que se afirma que no necesita “ninguna presentación”. Vid. WRIGHT, P.: “Innovative Solutions to Resolving Disputes in Public Private Partnerships in the United Kingdom: the Channel Tunnel Rail Link –a Case Study of ‘Re-engineering’-”, *International Construction Law Review*, 1999, pp. 505-532, p. 505.

² La importancia del asunto Eurotúnel se manifiesta, también, como un referente en las operaciones internacionales de obras de infraestructura con financiación privada. También en nuestro país, donde, actualmente y por primera vez, se va a construir una línea ferroviaria con capital privado, en régimen de concesión. Para ello, recientemente, se ha seleccionado

Estas circunstancias nos servirán como catalizador y guía en el análisis de la práctica del contrato internacional de ingeniería y en el estudio de dos problemas clásicos del Derecho internacional privado: el Derecho aplicable a una situación jurídica internacional y la resolución de controversias que puedan surgir en el desarrollo de la misma.

Este precedente muestra cómo el contrato de ingeniería se presenta, actualmente, como ejemplo de la revolución que se ha producido en el comercio internacional con el creciente dinamismo e internacionalización del tráfico jurídico, consecuencia del “incremento cualitativo y cuantitativo del comercio”³. Este efecto se ve aumentado de forma espectacular por el desarrollo tecnológico y la incidencia de la financiación privada⁴, que no ha sido seguido de una respuesta jurídica adecuada⁵.

1.1.- Antecedentes

Conviene recordar que la realización de un túnel subterráneo que uniese Francia e Inglaterra por debajo del Canal de la Mancha, respondía a una larga historia. Desde su primera propuesta en 1802, hasta 1970, se habían sucedido los distintos proyectos que, desde ambas partes, proponían su construcción, con numerosos intentos de llevarlo a cabo, el último en 1975, fracasado por el excesivo coste que suponía para el Estado inglés la realización de una vía férrea especial que uniese Londres con el túnel del Canal y que se consideraba como parte fundamental del proyecto. Se trata del proyecto ferroviario más

al consorcio internacional denominado Euroferro, formado por la constructora española Dragados y la francesa Bouygues para negociar la adjudicación de la línea ferroviaria de alta velocidad (AVE) hispano-gala. El presupuesto inicial del tramo Figueres-Perpignan –de 45 km.- se sitúa en 714 millones de euros y los gobiernos español y francés se comprometen a poner en funcionamiento en 2005, con 3,5 millones de usuarios en el primer año. Euroferro debe negociar con la Comisión Intergubernamental hispano-francesa el contenido del futuro contrato de construcción y de concesión, por un periodo de 50 años. Si no se alcanza un acuerdo se pasará a negociar con el segundo candidato del Informe del Comité de examen de ofertas. Se trata de un contrato al que han optado las principales constructoras españolas (Ferroviaria, ACS, FCC con OHL y Necso con Sacyr), como parte de otros consorcios hispano franceses. Vid. Diario EL PAÍS, sección economía, de 12 de julio de 2002.

³ Vid. ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.) y OTROS: *Contratación internacional (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 54.

⁴ Respecto a la financiación privada, en el caso español, el Plan de infraestructuras del gobierno prevé que un 21% del total de fondos previstos para acometer las obras de infraestructura de las Administraciones Públicas provendrá de la iniciativa privada. Vid. Diario EL PAÍS, sección economía, de 8 de junio de 2002.

⁵ Vid. CAVALLLO BORGIA, R.: *Il contratto di Engineering*, Padova, Cedam, 1992, p. 1. La autora califica el “fenómeno *engineering*” en este contexto de evolución tecnológica de los últimos decenios como emblemático en el marco de las nuevas técnicas contractuales innovadoras del mercado internacional.

importante realizado en el Reino Unido durante el siglo XX, y el ejemplo de creación de una red ferroviaria europea común sin precedentes⁶.

Teniendo en cuenta, no obstante, que Reino Unido bloqueó su ejecución entre 1882 y 1955, atendiendo a razones de seguridad nacional. Es a mediados de la década de 1980, y después de 27 intentos a lo largo de casi dos siglos⁷, cuando cristaliza el proyecto definitivo que acabaría con la construcción de una de las obras de infraestructura más importantes de Europa, de indudable magnitud económica y técnica y con un número considerable de sujetos implicados en su ejecución⁸. Un túnel de dos vías que ofrece dos servicios: por un lado, el traslado de vehículos en vagones entre Francia y Reino Unido y, por otro, un servicio ferroviario de pasajeros entre algunas de las principales estaciones europeas (Londres, París y Bruselas).

1.2. Rasgos generales

El supuesto del Eurotúnel representa un caso paradigmático de contratación internacional de ingeniería de notable relevancia económica, política y jurídica. Como tal, combina elementos de gran complejidad: un proyecto de ingeniería internacional a largo plazo, relativo a una obra de infraestructura relacionada con el transporte público, con un procedimiento de licitación.

Desde una perspectiva económica, una de sus características fundamentales consiste en la financiación privada de la obra⁹, si bien, a pesar de que no participaban fondos públicos, aparecen involucrados, tanto el Estado francés, como el inglés¹⁰. Aunque, desde el primer momento, ambos Estados insistieron en que no iban a asumir una función económica en este supuesto¹¹ (es más, se señala la insistencia del denominado *Thatcherismo* en no invertir dinero público en esta obra de infraestructura)¹².

⁶ Vid. WRIGHT, P.: "Innovative Solutions to...", *cit.*, p. 505.

⁷ Vid. HOLLIDAY, I.: "The Politics of the Channel Tunnel" *Parliamentary Affairs*, pp. 189-204.

⁸ Vid. GUILLEMIN, J.,F.: "Le tunnel sous la manche: confrontation et fusion permanentes de deux cultures juridiques réputées antagonistes", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1995, pp. 403-412.

⁹ Vid. DAVIES, M.: "Dispute Resolution in...", *cit.*, p. 12.

¹⁰ Vid. NASLIN, J.: "A Completely New Legal Experience", *International Business Lawyer*, enero 1999, p. 7 y ss.

¹¹ Vid. HOLLIDAY, I.: "The Politics of...", *cit.*, p.192.

¹² De hecho, se afirma que este caso demuestra que el sector privado puede imponerse con éxito al sector público en un ámbito tradicionalmente dominado con poca fortuna por este último. Vid. HOLLIDAY, I.: "The Politics of...", *cit.*, p. 192.

Las cifras arrojan unos resultados de 225 bancos participantes y 750.000 accionistas¹³. Además, se creó un consorcio de contratistas ingleses y franceses para la construcción del Eurotúnel¹⁴.

Políticamente, el asunto Eurotúnel se presenta como un proyecto privado en función de una decisión política¹⁵. De hecho, el debate político se presentó de forma distinta en ambos países. Mientras que en el Reino Unido se centraba la atención en la financiación privada del proyecto, en Francia se atendía a los efectos colaterales del mismo en la economía del país, esto es, su afección económica a nivel regional. Este planteamiento diferente explica que en Francia las autoridades locales aparecieran implicadas desde el primer momento, no siendo así en el Reino Unido, en el que las negociaciones se concentraron en el *Department of Transport*, quedando vinculado el condado de Kent a partir de 1984, cuando ya se habían tomado muchas de las decisiones importantes. En cualquier caso, las políticas de los dos países eran distintas por las diferencias existentes entre ambos sistemas y la desigual situación económica de las regiones implicadas: el condado de Kent –rural- y la región de Nord-Pas de Calais –industrial- que se manifestaban pasiva y entusiásticamente, respectivamente¹⁶.

Desde una óptica jurídica, las características más importantes de la operación se refieren a su carácter internacional¹⁷, circunstancias que convierten al caso *Eurotunnel* en una “unique legal experience”¹⁸. Así, los rasgos más destacables del proyecto establecen la estructura del análisis del contrato internacional de ingeniería en el seno de este trabajo.

En primer lugar, como ya hemos apuntado, el modelo contractual utilizado era de la FIDIC –*civil conditions*–, un contrato internacional de ingeniería muy utilizado en las operaciones internacionales que, junto con otros modelos contractuales, se analizará detenidamente en la primera parte de este trabajo.

En segundo término, el contrato presenta particularidades en materia de Derecho aplicable, el contrato del Eurotúnel cuenta con una cláusula de

¹³ Vid. MORTON, A.: “The Greatest Tollgate in the World”, *International Business Lawyer*, enero 1999, p. 7.

¹⁴ Vid. SEPPALA, C.-GOGK, D.: “Multy-Party Arbitration under...”, *cit.*, p. 9.

¹⁵ Vid. HOLLIDAY, I.-MARCOU, G.- VICKERMAN, R.: *The Channel Tunnel. Public Policy, Regional Development and European Integration*, Londres, Belhaven Press, 1991, p. 30.

¹⁶ Vid. HOLLIDAY, I.: “The Politics of...”, *cit.*, p. 201.

¹⁷ Vid. MARCOU, G.-VICKERMAN, R.-LUCHAIRE, Y.: *Le tunnel sous la manche entre Etats et marchés*, Presses Universitaires de Lille, 1992, p. 15.

¹⁸ Vid. NASLIN, J.: “A Completely New...”, *cit.*, p. 10.

determinación del Derecho aplicable que puede calificarse de inusual en busca de una solución conciliadora. Así, en ella se establecía como tal los principios comunes del Derecho francés y del inglés y, en su defecto, los principios generales del comercio internacional, bajo la hipótesis de la aplicación de una ley “indeterminada”¹⁹.

Finalmente, la cuestión de la resolución de controversias en el asunto del Eurotúnel se presenta como el ejemplo mejor conocido²⁰ en materia de mecanismos prearbitrales y se ha calificado como “original arrangements”²¹, por razón de la importancia del proyecto y la repercusión de la sentencia inglesa de la *House of Lords* que ponía fin a una de las controversias²². Estos mecanismos prearbitrales son muy utilizados en estos contratos y serán, asimismo, objeto de análisis en este trabajo.

Como decimos, el desarrollo de la obra, dio lugar a numerosos conflictos, que terminaron en una decisión del alto tribunal inglés. El análisis de este supuesto permite observar la complejidad de los contratos internacionales de ingeniería, los problemas que plantea la práctica y la dificultad/necesidad de convergencia entre dos sistemas jurídicos diferentes, como son –en este caso– el inglés y el francés²³.

Un esfuerzo de cooperación resultaba absolutamente necesario, la colisión de sistemas jurídicos diferentes, la importancia del Derecho escrito en la esfera del ordenamiento francés o la del precedente jurisprudencial en el sistema inglés. Estas diferencias llevaron a diseñar un sistema de negociación entre los equipos de abogados francés e inglés en el que la búsqueda de argumentos jurídicos se realizaba por escrito con un método limitado: una introducción, dos partes como máximo y una conclusión²⁴.

La concurrencia de las dos nacionalidades implicaba una dificultad en materia de gestión del proyecto. Por un lado, resultaba más eficaz la idea de un solo órgano de gestión; por otro, no podía dejarse de lado la participación de nacionales de ambas partes en materia de dirección, ejecución o riesgo

¹⁹ Vid. WEINTRAUB, R.J.: “*Lex Mercatoria* and the Principles of International Commercial Contracts”, *International conflict of laws for the third millennium. Essays in honour of Friedrich K. Juenger*, Nueva York, Transnational publishers, 2000, pp. 141-156, esp. p. 145.

²⁰ Vid. KENDALL, J.: “Role of the...”, *cit.*, p. 8.

²¹ Vid. NASLIN, J.: “A Completely New...”, *cit.*, p.15.

²² Vid. Channel Tunnel Group Ltd and another v. Balfour Beatty Construction Ltd and Others (1993) AC 334.

²³ Vid. MORTON, A.: “The Greatest Tollgate...”, *cit.*, p. 27.

²⁴ Vid. NOUEL, P.: “Cartesian Pragmatism: Looking for Common Principles in French and English Law”, *International Business Lawyer*, enero 1996, pp. 22-25.

que hubiera descompensado el equilibrio contractual entre las dos partes. La solución se basó en la participación de nacionales de los dos países con la búsqueda de una coherencia jurídica, de una unión contractual. Este intento de fusión se concretaba en la celebración de un contrato y la elección de una jurisdicción y un Derecho aplicable, pero lo cierto es que, pese a este esfuerzo no llegó a producirse la compenetración perfecta entre dos sistemas jurídicos diferentes²⁵. Con todo, la impresión que resulta de la experiencia es que cada parte consideró como óptimo su propio sistema jurídico: el inglés por su carácter práctico, el francés por su certidumbre jurídica y la comodidad de recurrir a la norma escrita.

2.- La determinación del Derecho aplicable en el asunto Eurotúnel.

El análisis del marco jurídico de la operación del túnel de Canal de la Mancha es necesario en cuanto demuestra el grado de complejidad que presenta, a nivel jurídico, la realización de una obra de ingeniería de esta envergadura. La implicación de dos Estados y la existencia de diversos instrumentos jurídicos, como se ha visto, nos obligan a centrar el estudio de los problemas del Derecho internacional privado –en concreto, el Derecho aplicable y la resolución de controversias- en el contrato internacional de ingeniería, que es, en definitiva, el objeto de este trabajo.

Concretamente, en materia de derecho aplicable, el asunto Eurotúnel, como veremos, plantea la reflexión sobre la elección por las partes, que huyen de sus respectivos Derechos nacionales –el francés y el inglés (con los que presenta mayores vínculos el contrato), en busca de una solución neutral. En este caso, optan por los principios comunes de los dos sistemas –paradójicamente, como muestra del sistema anglosajón y del continental o de derecho civil-. Y, en su defecto, los principios del comercio internacional, aplicados por los tribunales nacionales e internacionales.

Esta posición de las partes en una operación tan paradigmática como la del asunto Eurotúnel, obliga a plantear la operatividad de estos principios, frente a las respuestas que ofrece la normativa conflictual presente en los distintos sistemas estatales. De ahí que el análisis de la operación de la determinación del derecho aplicable en el asunto Eurotúnel, el contrato internacional de ingeniería comercial más importante realizado en Europa en los últimos años, nos sirva como punto de partida para el estudio de la *Lex Mercatoria* en este

²⁵ Vid. GUILLEMIN, J.,F.: "Le tunnel sous..., *cit.*, p. 408.

sector –cap. II- y su interrelación con las normas de derecho internacional privado –cap. III-.

2.1. La cláusula de determinación del Derecho aplicable en el asunto Eurotúnel.

En este proyecto internacional de ingeniería complejo y a largo plazo aparecen involucrados dos sistemas jurídicos diferentes, con un número considerable de sujetos implicados y cientos de subcontratistas de distintas nacionalidades. En este contexto, la cláusula de determinación del Derecho aplicable ha sido introducida con una filosofía de fondo que pretendía evitar una opción expresa de decantación entre las dos alternativas.

En concreto, la cláusula 68 del contrato internacional de ingeniería establecía como Derecho aplicable al contrato los principios comunes de Derecho inglés y francés y, en su defecto, los principios generales del comercio internacional tal y como los definen los tribunales nacionales e internacionales. Literalmente: *La construcción, validez y ejecución del contrato deberán regirse e interpretarse, en todos los aspectos, de acuerdo con los principios comunes al Derecho inglés y francés, y en ausencia de estos principios comunes, por los principios generales del comercio internacional, tal y como se han aplicado por los tribunales nacionales e internacionales. Sujeto, en todo caso, respetando las obras que deban ejecutarse en territorio francés o inglés del lugar de la obra, a las respectivas normas imperativas (orden público) francesas e inglesas*²⁶.

*Una cláusula de esta naturaleza plantea múltiples cuestiones y problemas prácticos. Evidentemente, el aspecto más interesante se presenta en ausencia de principios comunes entre los dos sistemas (no siendo una hipótesis descartable desde el punto de vista de la confrontación de dos ordenamientos que se erigen como representantes de dos modelos, en ocasiones, antagónicos. Y, además, se añadía que, en caso de recurrir a un principio del comercio internacional, debía haber sido aplicado por tribunales nacionales e internacionales*²⁷.

El hecho es que se pretendía eludir el recurso a uno de los dos ordenamientos jurídicos involucrados para la consecución de una solución neutral, una

²⁶ La cláusula 68 del contrato establecía: the construction, validity and performance of the Contract shall in all respects be governed by an interpreted in accordance with the principles common to both English law and French law, and in the absence of such common principles by such general principles of international trade law as have been applied by national and international tribunals. Subject in all cases, with respect to the Works to be respectively performed in the French and in the English part of the Site, to the respective French or English public policy (ordre public) provisions.

²⁷ Vid. NOUEL, P.: “Cartesian Pragmatism: Looking..., cit., p. 23.

suerte de “acrobacia” para decidir que siempre existía un principio común en la materia objeto de disputa. Un modelo como éste, creado para encontrar puntos comunes entre ambos sistemas acercándose a los principios básicos de cada uno de ellos que inspiran las normas (incluso, en los casos en que éstas eran diferentes o contradictorias) para poder realizar una aproximación hasta la consecución de un principio común²⁸.

La reconducción del régimen rector del contrato a una serie de principios comunes nos lleva a plantearnos, como veremos más adelante, dos grandes cuestiones en materia de Derecho aplicable. Por un lado, el método utilizado y su relación con las técnicas de regulación que hemos citado: *Lex Mercatoria* y normas de conflicto estatales, en ausencia de normas sustantivas. Y, por otro, la existencia de una serie de principios comunes en el ámbito de la ingeniería que, también, trataremos de analizar.

2.2. La denominada doctrina del tronco común.

En materia de Derecho aplicable, y concretamente referido a la cláusula de determinación del mismo, se considera que la disputa del *Channel Tunnel* es un buen ejemplo de aplicación de la denominada doctrina del tronco común –*trunc commun doctrine*-²⁹. El punto de partida de esta teoría se sitúa en la elección negativa del régimen rector del contrato. Esto significa que las partes han descartado la aplicación de sus propios Derechos nacionales, e incluso, de un tercero neutral. Y si las partes excluyen estas posibilidades es que su deseo consiste, precisamente, en la inaplicación de los ordenamientos jurídicos estatales.

El paso siguiente en esta argumentación consiste en preguntarse si entonces deben aplicarse las normas de conflicto para la determinación del Derecho aplicable al contrato, que, probablemente, nos llevarían a alguno de los ordenamientos excluidos por la voluntad de las partes. Debe pensarse que esta exclusión suele atender al temor que subyace en la idea que la aplicación del Derecho nacional de la otra parte en el contrato puede llevar a soluciones totalmente desconocidas para la otra y que puede perjudicar sus propios

²⁸ Tarea calificada, esta vez, de “milagro” diario: *daily miracle* Vid. NOUEL, P.: “Cartesian Pragmatism: Looking...”, cit., p. 25.

²⁹ Esta doctrina se elabora a finales de la década de 1980 por el prof. RUBINO-SAMMARTANO y cuenta con precedentes arbitrales como son los laudos de la CCI en los asuntos 2886/1977, 3327/1981 y 1990/1972 y con precedentes jurisprudenciales en sentencias nacionales del Reino Unido (*Court of Appeal de 23 de marzo de 1987*) y de Mónaco (*Court of Appeal de 28 de junio de 1988*). Vid. RUBINO-SAMMARTANO, M.: “The Channel Tunnel and the Trunc Commun Doctrine”, *Journal of International Arbitration*, 1993, núm. 10, pp. 59-65.

intereses económicos. Pero no todas las normas difieren de un ordenamiento jurídico a otro, de modo que pueden encontrarse aspectos comunes en dos legislaciones que no resulten extrañas a los sujetos del contrato, puesto que coinciden con lo establecido en su propia legislación

A modo de ejemplo, se aceptó, en términos generales, el principio *pacta sunt servanda* como común a los sistemas inglés y francés y que la doctrina de la *exception d'inexécution* era un principio general común del Derecho del comercio internacional³⁰.

Estas disposiciones comunes configuran el denominado “tronco común” – como conjunto normativo- y constituirían el derecho aplicable al contrato, sin que ninguna de las partes se considerara perjudicada por la aplicación de una regulación que desconocía y que, eventualmente, podría serle desfavorable. El problema que plantea esta teoría que, en principio, pretende un acercamiento máximo a la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable al contrato, es, precisamente, qué hacer con los aspectos que no quedan cubiertos por las disposiciones comunes de los Derechos nacionales de las partes en el contrato. Esto es, aquellas materias sobre las que no existen disposiciones comunes; las que quedan al margen del tronco común. En ocasiones, estas cuestiones pueden resultar de gran importancia para la vida del contrato e, incluso, para la resolución de las disputas surgidas con base en él.

En este punto, la solución que propone esta teoría, en el intento de aproximarse al máximo a la voluntad de las partes, es que el árbitro, en ausencia de principios comunes entre los Derechos nacionales, debe acudir a los usos comunes que compartan ambos sistemas.

La doctrina del Tronco común no se puede considerar como equivalente de la *Lex Mercatoria*. RUBINO-SAMMARTANO sostiene que ésta opera como elección expresa o tácita, mientras que la *Lex Mercatoria* reduce su operatividad a la ausencia de elección del Derecho aplicable, pero además carece de fuerza obligatoria al consistir en los principios comunes que existen en el ámbito del comercio internacional. Sin embargo, afirma que los principios comunes que se denominan tronco común sí que se erigen como un cuerpo obligatorio de normas jurídicas y puede aparecer en escena como consecuencia de una elección tácita o expresa por las partes y no es un mero recurso residual en ausencia de elección. Es más, se afirma que la *Lex Mercatoria* se presenta como un instrumento subsidiario al denominado tronco común, puesto que opera en el caso en el que este último no pudiera aplicarse.

³⁰ Vid. SHERIDAN, P.: *Construction and Engineering...*, cit., p. 132.

Nos encontramos, pues, ante un método de determinación del Derecho aplicable a un contrato al alcance de la voluntad de las partes, que implica la exclusión de los Derechos nacionales y la remisión a unos principios comunes. Esta es, precisamente, la solución prevista en el contrato del Eurotúnel, que, además, establece, subsidiariamente, la aplicación del *ius ingeniorum*. Por tal razón, nuestro análisis deberá atender, como veremos, a la relevancia de los principios comunes y de la *Lex Mercatoria* en el ámbito de la ingeniería.

2.3. El reconocimiento por parte del juez estatal de la solución adoptada.

Las consideraciones anteriormente formuladas tuvieron su respaldo, en este asunto concreto, en el ámbito jurisdiccional estatal que reconoció la virtualidad de la autonomía de la voluntad. En este sentido, la judicialización del asunto del *Channel Tunnel* se produjo al presentar la parte del contrato de los clientes –Eurotúnel- una demanda en la *High Court of Justice* inglesa solicitando una medida cautelar para evitar que la parte contratista paralizase las obras de refrigeración del túnel. El tribunal denegó la orden y, en apelación, la *Court of Appeal* tampoco concedió la medida, pues las partes habían pactado someter sus controversias al arbitraje. Concretamente, se consideraba que el tribunal inglés no era competente para dictar una medida cautelar en función de un arbitraje (no iniciado) cuando la sede del mismo elegida por las partes radicaba en el extranjero –en este caso, en Bruselas-.

La sentencia en el asunto *Channel Tunnel Group Ltd. and France Manche S.A. v. Balfour Beatty Construction Ltd. and others*, de 22 de enero 1992³¹, se plantea de forma escéptica la idoneidad de determinar como aplicable un “híbrido” legal como el propuesto, en lugar de decidirse, bien por el Derecho inglés, bien por el Derecho francés. Sin embargo, consideró que se trata de una cuestión que quedaba bajo la esfera de la libertad de elección de las partes y que, en cualquier caso, ésta debería respetarse, incluso, si la dificultad de optar por una tercera vía conducía a procedimientos más largos y costosos.

No resulta sorprendente la actitud crítica de los órganos judiciales ante las nuevas soluciones que, además, siempre seguirán la tendencia a aplicar su propio ordenamiento jurídico. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los órganos arbitrales que, desde un primer momento, parecieron estar en mejor posición que los jueces para aplicar, en este caso, la doctrina del tronco común, que su creador no considera como un híbrido sino como una solución

³¹ Vid. 2 All E R 609.

equilibrada a falta de mejores soluciones, cuya utilización propone también en la esfera judicial, tanto como elección expresa de las partes, como en ausencia de la misma³².

De nuevo, el asunto Eurotúnel se presenta como exponente de la realidad de los contratos internacionales de ingeniería en los que la presencia de la *Lex Mercatoria* goza, cada vez más, de mayor importancia. Hasta el punto de experimentar un grado de especialización que nos conduce a la admisión de una nueva suerte de *Lex Mercatoria*, que se ha dado en denominar *ius ingeniorum*. Es precisamente la trascendencia de esta realidad la que se pretende subrayar a continuación.

3.- La resolución de controversias en el asunto Eurotúnel.

3. 1. Introducción.

El asunto Eurotúnel se presenta como un excelente ejemplo de las particularidades que presentan los contratos internacionales de ingeniería en el ámbito de la resolución de controversias. En este caso, nos encontramos con el recurso a los mecanismos habituales para resolver las disputas que generan estos contratos. Así, y como veremos, se utilizaron procedimientos prearbitrales de ADR, arbitrajes desarrollados en el seno de la CCI, e incluso, se recurrió a los tribunales estatales para la solicitud de medidas cautelares.

Las disputas surgidas fueron resolviéndose progresivamente por el órgano prearbitral, creado *ad hoc* en el contrato de ingeniería. Sin embargo, surgieron controversias relativas a la instalación de los equipos fijos de refrigeración que no estaban previstos en el contrato de ingeniería. Estos problemas llevaron a activar la maquinaria de resolución de controversias prevista en el contrato. Así, se sometieron al órgano prearbitral, que dictó unas decisiones que una de las partes recurrió en procedimientos arbitrales ante la CCI y que exigió, simultáneamente, la intervención de los tribunales estatales en la adopción de medidas cautelares.

Por esta razón, analizaremos, en función de la información con la que se cuenta, cuál fue el desarrollo procedimental para la resolución de controversias en el asunto Eurotúnel que pasa, primero, por el análisis del órgano prearbitral o Comité de expertos (2). Segundo, por el estudio del procedimiento arbitral (3) y, finalmente, por la referencia a la intervención de los tribunales estatales (4).

³² Vid. RUBINO-SAMMARTANO, M.: "The Channel Tunnel and...", *cit.*, p. 64.

3. 2. El Comité de expertos del Eurotúnel.

Una de las particularidades del asunto de túnel del Canal de la Mancha era, precisamente y como se ha señalado, la presencia de una solución contractual integrada en materia de resolución de controversias. Para ello se estableció un mecanismo prearbitral inspirado en el de las condiciones FIDIC, pero, como veremos, dotado de originalidad en su composición y formación.

Así, la cláusula 67 del contrato de ingeniería establecía la formación de un Comité de expertos con el objeto de resolver, con rapidez y con carácter previo a recurso al arbitraje, las controversias surgidas. En caso de no alcanzar una solución satisfactoria a través de este mecanismo prearbitral –y bajo la condición de su utilización previa- se preveía el recurso al arbitraje de la CCI.

La función de este Comité o “Panel” de resolución de controversias consistía en ofrecer una cobertura ininterrumpida para la solución de disputas a lo largo de la ejecución de las obras, intentando no paralizar el desarrollo de las mismas y mostrándose disponible en todo momento.

De este modo, el “Panel” quedaba constituido desde el principio del contrato y su duración se prolongaba a lo largo del desarrollo del mismo y hasta el momento último de la expedición del certificado de final de obra – *maintenance certificate*-. Además de su constitución permanente, el Comité debía estar informado regularmente de la marcha de las obras y realizar visitas al lugar de ejecución para completar esta información.

Esta particularidad se presentaba como una ventaja, dado que una de las dificultades que presentaba la ejecución del contrato de ingeniería del asunto Eurotúnel era la falta de concreción del proyecto en el momento de la firma. Dada la complejidad técnica del mismo, algunas cuestiones no aparecían especificadas y, por ello, procedía la existencia de un órgano que pudiera mediar en las negociaciones de las partes sobre estos aspectos y que tuviera una potestad decisoria que actuara con rapidez y eficacia.

El “Panel” de expertos y el tribunal arbitral trabajaban de forma conjunta. Las controversias eran resueltas, sucesivamente, por los dos órganos – arbitral y prearbitral- y las obras no se paralizaron o retrasaron por razón de discrepancias comerciales o legales. Las partes mostraron su disconformidad con algunas de las decisiones adoptadas, pero debe tenerse en cuenta que para que las decisiones del “Panel” fueran obligatorias tenían que ser emitidas por unanimidad y que, pese a la cláusula de arbitraje de la CCI, todas las disputas

se resolvieron con anterioridad a la terminación de la obra. El “Panel” decidió sobre 20 disputas por unanimidad, se dictaron dos laudos arbitrales de la CCI y se obtuvieron dos medidas provisionales –*interim measures*–, una de los tribunales franceses y otra de los tribunales ingleses³³.

El procedimiento para el arreglo de diferencias contenido en la citada cláusula 67 establecía un sistema escalonado con dos instancias. Así, obligaba, como primer paso, a someter todo tipo de disputa a un Comité de resolución de litigios –el “Panel” de expertos–. Para ello debía procederse a su composición que, en este caso, tenía la condición de un Comité con carácter permanente, que contaba con toda la información sobre el contrato, la obra y su desarrollo y que debían emitir una decisión con carácter previo a la posibilidad de acudir al arbitraje.

Este “Panel” se componía de cuatro ingenieros –dos titulares y dos suplentes– y un presidente que era un catedrático de derecho de nacionalidad francesa. Cada vez que surgía una disputa se sometía a un comité compuesto por dos ingenieros –el titular de cada parte– y el presidente. Los miembros del panel eran de nacionalidad inglesa y francesa y se designaban después de la firma del contrato y durante la duración del mismo, realizando visitas periódicas a la obra durante su realización³⁴. Si las decisiones eran unánimes se convertían en finales y obligatorias para las partes –sin perjuicio de poder recurrirlas en arbitraje³⁵–, así que se veían obligados a dictar decisiones unánimemente, según se exigía en la cláusula 67.2 del contrato.

La elección de los miembros del Panel parece que obviaba determinadas cuestiones relativas a las condiciones que debían reunir los miembros (orígenes y persona que los designaba), circunstancia que podía generar cierta polémica, en caso de desacuerdo de alguna de las partes con la decisión adoptada por el órgano prearbitral³⁶.

Así, el Comité quedaba obligado por las reglas de procedimiento de la cláusula 67 del contrato, y condicionado por la fórmula de derecho aplicable de la cláusula 68 que les inducía, tanto a compatibilizar las culturas jurídicas inglesa y francesa, como a utilizar los principios generales del derecho del comercio internacional aplicados por los tribunales nacionales e internacionales.

³³ Vid. NOUEL, P.: “Cartesian Pragmatism: Looking...”, *cit.*, p. 27.

³⁴ Vid. GUILLEMIN, J., F.: “Le tunnel sous...”, *cit.*, p. 16.

³⁵ Se añade que la *House of Lords* apoyó este sistema elegido por las partes y actualmente se reconoce legalmente en la *Arbitration Act* de 1996. Vid. KENDALL, J.: “Role of the...”, *cit.*, p. 295.

³⁶ Vid. NOUEL, P.: “Cartesian Pragmatism: Looking...”, *cit.*, p. 14.

Por ejemplo, en una de las decisiones del Panel se reconocía como principio común al Derecho inglés y francés el de *pacta sunt servanda* que obliga a las partes de un contrato a cumplir lo pactado

Este Comité de resolución contaba con un plazo de 90 días para la emisión de una decisión prearbitral que pusiera fin a la controversia surgida, como hemos dicho ya. Si alguna de las partes no estaba de acuerdo con la decisión, podía someterla al procedimiento arbitral. Si, por el contrario, ninguna de ellas se oponía, se convertía en firme y obligatoria para las partes³⁷. El recurso al arbitraje también procedía, según la cláusula 67.3 del contrato, en caso de incumplimiento de la decisión por alguna de las partes o, cuando transcurrido el plazo previsto el Panel no hubiera emitido una decisión.

En cualquiera de estos tres casos, las partes cuentan, de nuevo, con un periodo de 90 días para acudir al arbitraje y se exige la notificación a la otra parte de esta intención.

Se cumple, de esta suerte, la exigencia de un procedimiento prearbitral como requisito previo para poder acudir al arbitraje que establece la FIDIC en sus modelos contractuales. En este caso, no se trataba de una decisión tomada por el ingeniero, de forma imparcial, sino de la creación de una comisión de técnicos especializados para la resolución de la controversia de manera imparcial. De modo que nos encontramos ante un procedimiento escalonado en el que el arbitraje se presenta como una segunda instancia y que exige para su intervención la existencia de una previa decisión del Panel de expertos.

En este supuesto se utilizan los mecanismos prearbitrales de resolución de controversias o ADR (*Alternative Dispute Resolution*), cuya importancia en estos contratos ya se ha subrayado. El arbitraje se remitía a las Reglas de la CCI y, de hecho, la mayor controversia entre las partes del contrato –*Eurotunnel* y *TML*– se refería al coste del equipamiento instalado en el interior del túnel.

En este sentido se afirma que el Comité de resolución de litigios de las condiciones FIDIC es una forma de *adjudication* –figura de origen inglés prevista en la *Housing and construction Act* de 1996, a la que se hará referencia³⁸–. E, incluso, se ha planteado su naturaleza jurídica como figura de conciliación o de mediación cuando puede ser considerada como un mecanismo

³⁷ Vid. GUILLEMIN, J., F.: "Le tunnel sous...", *cit.*, p. 23.

³⁸ Vid. KENDALL, J.: "Role of the...", *cit.*, p. 296 y MORRIS, M.: "Adjudication as Operated on the Construction of the Dartford River Crossing (The Queen Elisabeth II bridge)", *Arbitration*, 1994-95, p. 15.

prearbitral de ADR que tiene unas características propias e independientes de estas figuras, tal y como veremos más adelante.

Con todo, el mecanismo previsto en el asunto Eurotúnel, el DAB o *Dispute Adjudication Board*—contenido en las actuales condiciones FIDIC— se modificó atendiendo a las necesidades particulares del proyecto³⁹. Por ejemplo, el número de miembros previsto para el DAB es de tres, pero en el caso Eurotúnel, como ya hemos apuntado, estos Comités se componían teóricamente de cinco miembros⁴⁰, si bien, en la práctica, decidían tres: presidente y dos miembros—uno elegido por cada parte— y los restantes actuaban de suplentes.

3. 3. Los arbitrajes Eurotúnel

Según lo previsto en la cláusula 67 del contrato de ingeniería utilizado en el asunto Eurotúnel, como hemos visto, las partes, ante una disputa, debían dirigirse, en primer lugar, al órgano prearbitral—el Comité o Panel de expertos—, sólo después de su decisión, recurrir al arbitraje. La cláusula contractual remitía al arbitraje de la CCI y determinaba como sede del arbitraje la ciudad de Bruselas.

En consecuencia, la norma aplicable al procedimiento arbitral era el Reglamento de arbitraje de la CCI de 1988, y en caso de lagunas, la ley elegida por las partes o, en su defecto, por el tribunal arbitral, con referencia o no, a una ley interna de procedimiento aplicable al arbitraje.

El derecho aplicable al fondo del asunto se constituía, como ya se ha comentado, por los principios comunes del Derecho francés e inglés, y en su defecto, por los principios generales del Derecho del comercio internacional, aplicados por los tribunales nacionales e internacionales (tal y como se establecía en la citada cláusula 68 del contrato).

Las disputas que llevaron a las partes a dos procedimientos arbitrales se referían a los trabajos denominados *à forfait* (esto es, por un lado la instalación de equipos fijos, maquinaria eléctrica y mecánica en los túneles y las terminales y, por otro, el diseño y la ejecución de las terminales inglesas y francesas)⁴¹, en relación con la instalación de mecanismos fijos en el

³⁹ Vid. KENDALL, J.: "Role of the...", *cit.*, p. 297.

⁴⁰ Vid. GERBER, P.: "Dispute Avoidance Procedures (DAPS)- the Changing Face of Construction Dispute Management", *International Construction Law Review*, enero 2001, pp. 122 y ss.

⁴¹ Además de los trabajos *à forfait*, también existían los denominados a *dépenses contrôlées y a fournitures*.

interior del túnel. Concretamente, la controversia se centró en la instalación de equipos de refrigeración en el interior del túnel que no estaban previstos originariamente.

En el contrato de ingeniería se preveía la posibilidad para el cliente –en este caso, Eurotúnel- de dictar modificaciones sobre la obra –*variation orders*- al amparo de la cláusula 51 del mismo. Modificaciones que debían ser aceptadas por el contratista si resultaban necesarias para la correcta y necesaria realización de la obra. Si estas modificaciones afectaban al precio, éste debía ser pactado por acuerdo entre las partes. En caso de no llegar a un acuerdo, el cliente proponía un precio razonable y sometía la disputa al Panel de expertos, según la cláusula 52 del contrato. En cualquier caso, y de acuerdo con el mandato de la cláusula 67, se establecía, asimismo, la obligación para el contratista de continuar las obras en caso de disputa.

Esto, precisamente, fue lo que ocurrió en este supuesto por cuanto Eurotúnel decidió introducir modificaciones en la obra –*variations orders*- relativas al establecimiento de un sistema de refrigeración –*cooling system*- del túnel que no se había previsto inicialmente. Las partes, ciertamente, iniciaron las negociaciones para pactar el precio del sistema de refrigeración pero no llegaron a un acuerdo.

Así, para la resolución del conflicto hubo que dilucidar si la inclusión de estos equipos podía considerarse como una *variation order* o como un incumplimiento contractual. La primera opción suponía una posibilidad de modificación del contrato prevista y admitida en el mismo a instancias del cliente (las denominadas *variation orders*), mientras que la segunda, consistía en un cambio fundamental e irreversible de lo pactado. Ésta última podía interpretarse como un incumplimiento contractual que ofrecía al contratista la posibilidad de rescindir el contrato y solicitar una indemnización por daños y perjuicios.

Además, otro elemento de disputa se refería, precisamente, a la determinación del precio de estos equipos de refrigeración y al hecho de que si las cláusulas de revisión de precios del contrato resultaban aplicables o debían aplicarse otros parámetros por tratarse de un elemento considerado nuevo.

En la azarosa práctica de este supuesto, la primera acción de una de las partes fue, precisamente, acudir a los tribunales ingleses para solicitar una medida cautelar que evitara la suspensión de las obras por parte de los contratistas. Al mismo tiempo, se sometió la disputa al Panel de expertos que

dictó una resolución aproximadamente cuatro meses después de la sentencia de la *Court of Appeal* sobre la medida cautelar⁴².

El 23 de abril de 1992 Eurotúnel presentó la demanda de arbitraje frente a *TML –Transmanche Link-* ante el tribunal arbitral de la Cámara de Comercio Internacional de la CCI con el fin de establecer los mecanismos para la determinación del precio y, asimismo, el precio apropiado y razonable que Eurotúnel debía pagar a TML por los equipamientos fijos.

La demanda sometía al arbitraje dos decisiones adoptadas por el Panel de expertos. De modo que el recurso al procedimiento arbitral se producía por desacuerdo de una de las partes con la decisión adoptada por el órgano prearbitral y no por incumplimiento de una de ellas. El tribunal arbitral dictó una primera sentencia parcial el 30 de septiembre de 1992, en la que invalidaba parcialmente algunos aspectos de las decisiones del Panel relativas a los procedimientos para la determinación del precio de los equipamientos. Además, estableció que las sumas entregadas por Eurotúnel a TML podían ser retenidas por esta última como cantidades a cuenta hasta el momento de la determinación del precio⁴³. El 23 de abril de 1992 se sometió la disputa al arbitraje de la CCI y el laudo arbitral se dictó el 30 de septiembre de 1992.

El 25 de marzo de 1993, el tribunal arbitral dictaba una segunda sentencia parcial en la que establecía que las cláusulas de precios *à forfait* se aplicaban a los equipamientos fijos, de modo que la determinación del precio de los mismos debía hacerse de acuerdo con lo establecido en el contrato. Así como la aplicación preferente del art. 52 del contrato frente al 51, en materia de variación de precios. En este sentido, la cláusula 51 establece las variaciones introducidas en la calidad o cantidad de los materiales y el trabajo, mientras que la cláusula 52 se refiere a las modificaciones en las condiciones de ejecución de la obra, que pueden dar lugar a demandas de indemnización por daños y perjuicios más los intereses, en caso de probar que estos cambios han producido un perjuicio. De modo que TML debe presentar sus reclamaciones en el marco de lo dispuesto en el contrato o, en aplicación de los principios de responsabilidad, a través de una demanda de reparación de un perjuicio causado por incumplimiento contractual⁴⁴.

⁴² En ella, precisamente, una de las partes alegaba la imposibilidad de acudir al arbitraje de la CCI sin antes agotar la vía del mecanismo prearbitral.

⁴³ *Vid.* Primera sentencia parcial, de 30 de septiembre de 1992, asunto CCI sin número de referencia, laudo arbitral inédito, referencia interna 7547/CK.

⁴⁴ *Vid.* Segunda sentencia parcial, de 25 de marzo de 1993, sin número de referencia, laudo arbitral inédito, referencia interna 7547/CK.

3.4. La intervención de los tribunales estatales en el asunto Eurotúnel.

El asunto Eurotúnel también es significativo de la intervención de los tribunales estatales en la resolución de controversias de un contrato internacional de ingeniería que contiene una cláusula de sumisión al arbitraje. En este caso, las partes solicitaron medidas cautelares ante los tribunales ingleses⁴⁵ y ante los tribunales franceses⁴⁶.

La particularidad de las medidas cautelares en este asunto se centraba en que una de las partes dirigía su solicitud a un tribunal estatal, no sólo con anterioridad al inicio del procedimiento arbitral, sino previamente a procedimiento prearbitral del Comité de expertos.

Asimismo, estas medidas se solicitaban al tribunal inglés que, según su propia legislación interna, como veremos, carecía de competencia para dictar medidas cautelares en función de un arbitraje celebrado en el extranjero (concretamente, en Bruselas).

Según los hechos, ya hemos visto cómo la parte contratista consideró que Eurotúnel había incurrido en incumplimiento contractual por varias razones, entre las que se encontraba el establecimiento de un precio para la modificación del contrato que no resultaba, a su parecer, razonable y apropiado. Con base en ello, los contratistas decidieron paralizar las obras de instalación del sistema de refrigeración del túnel considerando que estaban legitimados por el incumplimiento contractual de la contraparte.

Esta circunstancia fue debatida por la *Court of Appeal* que precisó que, según el Derecho inglés, en caso de incumplimiento, la contraparte tiene derecho a rescindir el contrato, pero que resultaba muy difícil que, al suspenderse los trabajos, el contrato siguiera vigente (puesto que, según el derecho inglés, la suspensión de las obras implicaba la rescisión del mismo). Sin embargo, las peculiaridades del derecho aplicable al contrato, a las que ya se ha hecho referencia, sí permitían la aplicación de la doctrina de la *exception d'inexécution* o la denominada *exceptio non adimpleti contractus*, que posibilitaban la suspensión de la ejecución. Posibilidad que quedaba excluida, en cualquier caso, por lo establecido en la cláusula 67 que obligaba al contratista a continuar las obras en caso de disputa.

⁴⁵ *Vid.* Channel Tunnel Group Ltd. And France Manche S.A. v. Balfour Beatty Construction Ltd. and Others, 22 enero 1992, 2 All ER 609.

⁴⁶ Sobre la solicitud de medidas cautelares ante los tribunales franceses no se ha encontrado ninguna referencia, ni doctrinal, ni jurisprudencial.

A la vista de la situación generada, el cliente –Eurotúnel- solicitó ante los tribunales ingleses –en concreto, la *High Court of Justice of England*- una medida cautelar –*interim injunction*- dirigida a evitar la paralización por parte de los contratistas de la instalación de los equipos de refrigeración el túnel, con base en que, contractualmente, quedaban obligados a continuar las obras. La parte contratista solicitó la suspensión del proceso. El tribunal denegó la solicitud con base en el acuerdo previo de los contratistas de no interrumpir el desarrollo de las obras y la imposibilidad de acudir al arbitraje por incumplimiento del requisito de dirigirse previamente al Panel de expertos. Además verificó su competencia para dictar una medida cautelar, aunque no la dictó contra los contratistas advirtiendo que, en todo caso, para paralizar las obras se requería un preaviso a Eurotúnel de 14 días

Recurrida la decisión, la *Court of Appeal* no concedió la medida cautelar por cuanto existía una cláusula de sumisión a arbitraje a desarrollarse fuera del Reino Unido y la disputa era arbitrable⁴⁷. La justificación se desviaba hacia los criterios de derecho aplicable del contrato a los que ya se ha hecho referencia⁴⁸. En este sentido, el tribunal consideró que, cuando existe una cláusula de sumisión a arbitraje con el requisito previo de un procedimiento prearbitral que no se ha cumplido, el órgano jurisdiccional tiene competencia para dictar una orden de suspensión del procedimiento de una acción pendiente de un arbitraje. No siendo así con la medida cautelar pues la legislación inglesa no permite al juez dictar una medida de esta naturaleza en función de un arbitraje que tiene lugar en el extranjero. Por ello el recurso de los contratistas fue admitido y se dictó la suspensión.

Eurotúnel recurrió la decisión de la suspensión ante la *House of Lords*⁴⁹, cuya sentencia ponía fin a la controversia denegando el recurso de los apelantes. Así, consideró que el tribunal inglés era competente para suspender el procedimiento respecto de un procedimiento arbitral con sede en el extranjero, aunque no lo era para dictar una medida cautelar en función de ese mismo arbitraje. Teniendo en cuenta además, que la ley elegida como aplicable al procedimiento arbitral era la belga.

Y, además, entre otros aspectos, concretó el término "sede" del arbitraje. Lo hacía en un sentido geográfico como lugar en el que se desarrollaba el

⁴⁷ Al mismo tiempo, se sometió la disputa al panel de expertos que dictó una resolución aproximadamente cuatro meses después de la sentencia de la *Court of Appeal*. El 23 de abril de 1992 se sometió la disputa al arbitraje de la CCI y el laudo arbitral se dictó el 30 de septiembre de 1992.

⁴⁸ Vid. RUBINO-SAMMARTANO, M.: "The Channel Tunnel...", *cit.*, p. 9.

⁴⁹ Vid. *Channel Tunnel Group Ltd and another v. Balfour Beatty Construction Ltd. and Others* (1993) AC 334.

procedimiento arbitral –diferente al de la *Arbitration Act* de 1996 que opta por la sede jurídica: el país cuya ley regula el procedimiento arbitral-. Con la consecuencia directa de la atribución de la competencia a los tribunales estatales de este lugar con vistas a controlar o apoyar el arbitraje. Dado que el arbitraje se celebra en Bruselas, la ley del procedimiento del asunto eurotúnel era la belga⁵⁰.

Así la *House of Lords* afirmaba que el tribunal inglés había dictado la suspensión y que era el Panel de expertos o los árbitros los que debían decidir si solicitaban una final *mandatory injunction*. Y que, asimismo, debían ser el tribunal belga el “juez natural” a efectos de conocer de la concesión de medidas cautelares. Y concluía que *esta estructura neutral anacional y extrajudicial (de resolución de controversias y de derecho aplicable en el contrato eurotúnel) puede haber sido la elección correcta para las necesidades especiales de la realización del túnel del Canal de la Mancha. Pero con independencia de si es correcta o incorrecta, es la elección de las partes. Sin embargo, los demandantes cambian de opinión con respecto a esta elección y acuden a los tribunales ingleses que, en principio, trataban de excluir, pensando que una medida cautelar requiere un grado de inmediatez no previsto en los mecanismos de la cláusula 67 del contrato.*

El juez no dudó de la necesidad de que la jurisdicción estatal refuerce el procedimiento arbitral dictando medidas cautelares en función de arbitrajes, pero no le parece que sea este el caso. Y no le pareció porque concluyó que dictar una medida cautelar en el contexto de este supuesto resultaría *un acto contrario al tenor literal del contrato y al espíritu del arbitraje internacional*⁵¹.

Probablemente, en este caso concreto, la crítica subyacente a la falta de poder coercitivo del mecanismo previsto en la cláusula 67 del contrato internacional de ingeniería, no se refería tanto al mecanismo en sí mismo, sino a la precipitación de las partes por acudir a un tribunal que finalmente no resulta competente en materia cautelar. No puede valorarse la eficacia o ineficacia de un mecanismo que ni siquiera había sido puesto marcha.

4.- Conclusiones.

El asunto Eurotúnel se presenta como el precedente más importante del modelo de realización de obras de infraestructura mediante financiación

⁵⁰ Vid. SHERIDAN, P.: *Construction and Engineering...*, cit., p.125.

⁵¹ Channel Tunnel Group Ltd and another v. Balfour Beatty Construction Ltd. and Others (1993) AC 334.

privada que ha experimentado un desarrollo notable en las legislaciones recientes y que retoma su actualidad frente a proyectos paralelos como el del Gasoducto Argentino-Boliviano.

Asimismo, este proyecto se erige como paradigma de operación comercial internacional. Su carácter *intrínsecamente* internacional, su complejidad técnica, la pluralidad de sujetos implicados y su trascendencia económica son rasgos reveladores de la nueva realidad donde se desarrollan las transacciones más relevantes.

Desde el punto de vista jurídico, el Eurotúnel replantea con tintes de actualidad las cuestiones clásicas del Derecho internacional privado, a saber, el Derecho aplicable y la resolución de controversias. En ambos casos puede calificarse de original la solución alcanzada en este asunto.

La utilización del contrato modelo de ingeniería más consolidado en el ámbito internacional incorpora la determinación de la aplicabilidad de la nueva *Lex Mercatoria* –el denominado como *ius ingeniorum*– en relación con los Derechos estatales involucrados. Asimismo, las soluciones diseñadas específicamente para la resolución de controversias convierten la fase prearbitral y los mecanismos de *ADR* en instrumentos indispensables en el desarrollo de estas obras.

En definitiva, las características propias de este proyecto pionero han abierto una nueva vía para la realización de obras de infraestructura bajo financiación privada. Y ello se demuestra en el grado de especialización jurídica que alcanzan las soluciones previstas, tanto en el ámbito del Derecho aplicable, como en el relativo a la resolución de controversias. Sin duda, la experiencia puede contribuir en el replanteamiento del sistema boliviano de financiación privada de obras de infraestructura.

SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO COACTIVO CIVIL

Líder Vásquez Escobar*.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Generalidades. 2.1. Origen. 2.2. Críticas. 3.- Doctrina del TC. 3.1. Análisis de las SSSC N° 35/2000 y 77/2000. 3.1.1. Resolución de impugnaciones por el TC. 3.1.2. Fundamentos de los dos recursos. 3.1.3. Doctrina sostenida por el TC. 3.2. Resoluciones posteriores del TC. 3.3. Fundamentos del TC para el rechazo de nuevos argumentos y/o violaciones. 3.4. Argumentos y dudas no resueltas por el TC. 4.- Las excepciones no permisibles. 4.1. Identificación de las excepciones no permisibles. 4.2. Excepción de falta de personería. 4.3. Excepción de litispendencia. 4.4. Excepción de compensación de crédito líquido resultante de documento que tuviere fuerza ejecutiva. 4.5. Excepción de remisión, novación, transacción, conciliación o compromiso documentado. 4.6. Excepción de cosa juzgada. 5.- Derechos y garantías violadas. 5.1. El estado debe dictar normas constitucionales. 5.2. El derecho de defensa. 5.3. El derecho a la seguridad jurídica. 5.4. La garantía al proceso legal. 5.5. La garantía procesal del debido proceso. 5.6. La garantía de la tutela jurisdiccional eficaz. 6.- Conclusiones. 7.- Recomendaciones. 8.- Bibliografía consultada.

1.- Introducción.

En Bolivia, asumiendo perjuicio por la lentitud del cobro judicial que hasta ese entonces les brindaba el proceso ejecutivo, las entidades financieras buscaron y solicitaron una nueva alternativa que les permitiera cobrar sus acreencias con mayor celeridad y en respuesta de ello se creó el proceso coactivo civil, bajo el rótulo de “Procedimiento para la ejecución coactiva civil de garantías reales sobre créditos hipotecarios y prendarios” en la LAPCAF (Ley N° 1760 de 28 de febrero de 1997).

El proceso coactivo civil se estableció en Bolivia en el año 1997 como una alternativa al proceso ejecutivo para el caso de créditos hipotecarios y prendarios, para lo cual los deudores anteladamente deben aceptar someterse a tal proceso donde los medios de defensa son aun más restringidos que en el proceso ejecutivo y las garantías de hipoteca o prenda deben necesariamente estar inscritos en el registro correspondiente.

A decir de muchos, el proceso coactivo civil se ha desarrollado para favorecer a los coactivantes, quienes con este proceso pretenden celeridad para el cobro de su acreencia y restringir la defensa del coactivado, llegando incluso a violentar garantías constitucionales y derechos fundamentales.

* Catedrático de Derecho en la Facultad de Ciencias Empresariales (Universidad Cristiana de Bolivia), Ingeniero Agrónomo (Universidad Autónoma Gabriel René Moreno), Abogado (Universidad Autónoma Gabriel René Moreno), Master en Derecho Civil y Derecho Procesal Civil (Universidad Autónoma Gabriel René Moreno en convenio con la Universidad de Valencia de la República de España), correo electrónico: lider.vasquez@hotmail.com

Este nuevo proceso desde su creación viene siendo cuestionado, reclamamos que, por un lado, de forma general se han plasmado en escasa bibliografía y, por otro lado, en casos específicos han llegado a la esfera del TC pretendiendo que este proceso se declare inconstitucional, en unos casos de todos sus artículos y en otros de algunos, aunque sin resultados favorables hasta la fecha.

En un Estado de Derecho el ejercicio de los derechos civiles se hallan claramente delimitados, es así que en la CPE se tiene establecido los derechos fundamentales y las garantías constitucionales que protegen a las personas en igualdad de condiciones y los derechos por ser fundamentales no son otorgados por el Estado sino que son innatos a la persona y por ello irrenunciables. Como Bolivia es un Estado de Derecho, ello debe prevalecer en todo momento.

El presente estudio referente a la tutela coactiva civil, es un tema relativamente original en su planteamiento, mismo que es ligera y escasamente cuestionado mediante opiniones cortas y poco fundamentadas, unas a favor y otras en contra de su vigencia por la estructura normativa que contiene.

De tal modo, se pretende conocer las opiniones generales a favor y en contra de abogados escritores así como la postura jurisprudencial del TC en la resolución de casos específicos, para luego contrastándola con la realidad jurídica se determine las deficiencias y/o contradicciones jurídicas que pudieran existir y que es posible atenten contra la constitucionalidad normativa.

El estudio se desarrolla en el área procesal civil, donde el trámite desde su inicio hasta la ejecutoria de sentencia dictada dentro del proceso coactivo civil será analizado desde la óptica constitucional, llegando a enfocar los alcances y limitaciones de la tutela coactiva civil dentro del procedimiento civil vigente en nuestro país.

Al final, luego del análisis de constitucionalidad del proceso coactivo civil, a manera de conclusión se expusieron los resultados obtenidos así como las recomendaciones críticas y sugerencias pertinentes sobre la constitucionalidad del proceso coactivo civil.

2.- Generalidades.

2.1. Origen.

En el CPC (Decreto Ley N° 12760 de 06 de agosto de 1975) en principio se tenía regulado un proceso de ejecución, denominado proceso de ejecución

de sentencia. Este proceso se utilizaba para la ejecución forzosa de sentencias dictadas tanto en el proceso de conocimiento como en el proceso ejecutivo.

De ello resulta que en nuestra normativa se encuentran regulados cuatro tipos de procesos: 1º) Procesos de conocimiento; 2º) Procesos de ejecución; 3º) Procesos cautelares; y 4º) Procesos especiales (con normativa específica entre los que se encuentran los procesos ejecutivo y coactivo civil).

Los procesos de conocimiento difieren de los procesos ejecutivo y coactivo civil: En los primeros el órgano jurisdiccional declara el derecho en sentencia previo conocimiento de los hechos (proceso de conocimiento) y únicamente en caso de sentencia de condena se podrá ejecutar la pretensión (proceso de ejecución), pues en caso de desestimación de la pretensión y de sentencias constitutivas y mera declarativas no corresponde ejecución alguna; en los procesos ejecutivo y coactivo civil, el proceso de ejecución es posible sobre la base de una sentencia ejecutoriada dictada en tales procesos, donde se especifica determinado derecho partiendo de títulos ejecutivos jurisdiccionales o extrajurisdiccionales, incluso es permisible un proceso de conocimiento posterior tendiente a revisar el fallo allí dictado.

Entre los procesos sumarios especiales normados en nuestra legislación, tenemos al proceso ejecutivo y al proceso coactivo civil, de los cuales en el estudio nos referiremos al segundo. Esta calificación que en principio parece forzada, la justificaremos en el desarrollo del estudio.

En cuanto a los procesos especiales ubicados en un apartado del CPC, de modo ilustrativo son los siguientes: concursales, interdictos, desalojo, voluntarios y de responsabilidad de magistrados y jueces.

Según DECKER¹, el proceso cautelar “tiene existencia jurídica cuando el acreedor teme la desaparición de los bienes del deudor, mientras se tramite el proceso, razón por la que pide una medida precautoria”. No ahondamos ni ampliamos el tema por cuanto no es objeto del presente estudio.

Al respecto, PARDO² señala que “el Código Procesal boliviano distingue dos tipos de procesos de ejecución diferentes: el denominado proceso ejecutivo, que es el adecuado cuando el título ejecutivo es alguno de los establecidos en el art. 487 del CPC, y la ejecución de sentencias, que procede

¹ DECKER MORALES, José. Proceso ejecutivo, Impresiones Poligraf, Cochabamba, Bolivia, 2002, p. 12.

² PARDO IRANZO, Virginia, La tutela ejecutiva en el procedimiento civil, Editorial El País, Santa Cruz, Bolivia, 2004, p. 29.

cuando se trata de ejecutar sentencias que reúnan determinados requisitos”. Después³ señaló que “cada uno de los dos procesos de ejecución puede a su vez dividirse atendiendo a diversos criterios de clasificación, con lo que nos encontramos con las siguientes ejecuciones: 1º) El proceso de ejecución (de sentencia) puede clasificarse en atención a la obligación; así, distinguiríamos según se tratara de entregar una cantidad de dinero, de dar algo distinto a dinero (mueble, inmueble, cosa específica o algo perteneciente a un género), de hacer algo (personalísimo o infungible o no personalísimo o fungible), de otorgar escritura pública (supuesto especial de condena a hacer) o de no hacer algo. 2º) Dentro del proceso ejecutivo distinguiríamos entre el proceso ejecutivo común y el que podríamos denominar procedimiento hipotecario y prendario (refiriéndose al proceso coactivo civil)”. También expresa que el proceso ejecutivo es especial “porque permite acudir al proceso de ejecución sin haber acudido primero al de declaración”.

2.2. Críticas.

El proceso coactivo civil viene recibiendo diversas críticas, unas a favor de su acertada incorporación y permanencia, y otras en contra de ello.

Entre las opiniones a favor destacamos la de CASTELLANOS⁴, quien justifica la existencia del proceso coactivo civil porque permite fomentar ciertos préstamos con garantías reales y en asegurar la expedita y rápida ejecución del mismo, incluso con mayor celeridad que el proceso ejecutivo. También señala que con disposiciones propias y especiales difiere de modo sustancial del proceso ejecutivo y más se parece a un proceso monitorio, porque permite pasar directamente a la ejecución en aquellos supuestos en que no exista una oposición del obligado, aunque también admite que su trámite debe ser con las debidas garantías.

No obstante de su inicial postura a favor, al comentar sobre el proceso en estudio, CASTELLANOS⁵ reconoce que con el fin de hacer más rápida y eficaz la ejecución, en el proceso coactivo civil “se han reducido algunas excepciones con relación al proceso ejecutivo, situación que puede causar serios perjuicios al derecho de defensa de la parte coactivada y al proceso,

³ PARDO IRANZO, Virginia, “Sobre la constitucionalidad de la ejecución coactiva civil”, en *Iuris Tantum – Revista boliviana de derecho* N° 1, Editorial El País, Santa Cruz, Bolivia, 2006, p. 118-119.

⁴ CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo, *Código de Procedimiento Civil: Comentado, concordado, doctrina, jurisprudencia y legislación comparada*, Tomo III, Editorial Alexander, Cochabamba, Bolivia, 2004, p. 150-151.

⁵ CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo, *Ob. Cit.*, Tomo III, 2004, p. 174.

ya que en el trámite en estudio no es posible plantear las excepciones de litispendencia, impersonería y cosa juzgada”.

Por su parte y opinando en contra, DECKER⁶ expresa que el proceso coactivo civil abrevia los trámites del proceso para conseguir rápidamente el remate del bien hipotecado o embargado, en cambio, priva al deudor de un amplio derecho de defensa, por lo que no se adhiere a la creación de este nuevo proceso porque cree que «no es admisible la renuncia a normas procesales» y porque la formación del título coactivo condiciona la violación de la voluntad del prestatario, quien para acceder a un préstamo debe aceptar todas las cláusulas que le imponga el prestamista. Apoyamos esta postura y conforme ello analizamos y profundizamos el presente estudio.

3.- Doctrina del TC.

3.1. Análisis de las SSCC N° 35/2000 y 77/2000.

3.1.1. Resolución de impugnaciones por el TC.

Después de la promulgación de la LAPCAF y entendiendo que los artículos del proceso coactivo civil eran inconstitucionales, algunos litigantes en su afán de defenderse jurídicamente empezaron a utilizar el recurso incidental de inconstitucionalidad.

La primera impugnación de inconstitucionalidad fue contra el art. 49.II y III de la LAPCAF, argumentando que tales incisos violaban el derecho de defensa establecido en el art. 16.II y IV de la CPE, impugnación que mereció la SC 35/2000 de 09 de junio.

La segunda impugnación de inconstitucionalidad fue contra los arts. 48 a 51 de la LAPCAF, argumentando que tales artículos violaban el derecho de defensa y la presunción de inocencia contenidos en el art. 16.II de la CPE, impugnación que fue resuelta en la SC 77/2000 de 19 de octubre.

El TC declaró INFUNDADOS ambos Recursos Indirectos de Inconstitucionalidad y consiguientemente constitucionales los arts. 48 al 51 de la LAPCAF.

⁶ DECKER MORALES, José, Código de Procedimiento Civil: Comentarios y concordancias, Cochabamba, Bolivia, 2001, p. 425-427.

3.1.2. Fundamentos de los dos recursos.

Los recurrentes plantearon tales impugnaciones de inconstitucionalidad en base a los fundamentos que a continuación se exponen:

- 1.- Constituye un acto de prejuzgamiento, viola los derechos de defensa e igualdad y desconoce la presunción de inocencia, porque admitiendo la demanda se procede a dictar sentencia condenatoria sin haber oído previamente y en juicio justo al demandado.
- 2.- Las excepciones como medio de defensa no tienen sentido que puedan oponerse después de la sentencia, cuando el demandado ya está condenado y ha perdido el juicio.
- 3.- Se viola el derecho de defensa porque ella queda reducida a la oposición excepciones y a la apelación de su resolución.
- 4.- El proceso coactivo civil pretende hacer valer una supuesta conformidad del deudor a someterse a dicho proceso, la que se otorga normalmente como requisito impuesto por el acreedor e ineludible para el deudor que pretende un préstamo.

3.1.3. Doctrina sostenida por el TC.

En las SSCC 35/2000 y 77/2000 que declararon infundados los recursos indirectos de inconstitucionalidad planteados contra los cinco artículos del proceso coactivo civil, el TC expresó los siguientes fundamentos jurídicos

- 1.- Efectivamente el Juez del juicio coactivo civil dicta sentencia antes de que el coactivado sea notificado con dicha resolución, lo que no debe entenderse como una restricción al derecho de defensa, ya que dicho fallo se pronuncia, «pero no se ejecutoria»; lo que ocurre es que el deudor es citado luego de cumplirse efectivamente la medida cautelar que asegurará el cumplimiento de la obligación y en tal oportunidad puede plantear todas las excepciones previstas para dejar sin efecto la acción intentada en su contra. (Absuelve parcialmente el fundamento 1 de inconstitucionalidad).
- 2.- El coactivado incluso puede plantear recurso de apelación contra la resolución que rechace o declare improbadamente las excepciones, no siendo evidente que no se le admite derecho a la defensa ni a impugnar lo

decidido; incluso dentro de un plazo legal posterior puede promover juicio en la vía ordinaria para modificar la sentencia dictada dentro del coactivo, pues vencido ese plazo tal sentencia recién adquiere el sello de cosa juzgada sustancial o material. (Absuelve parcialmente el fundamento 1, 2 y 3 de inconstitucionalidad).

3.- El juicio coactivo civil sólo puede iniciarse cuando en el título base de la demanda el deudor hubiere renunciado expresamente a los trámites del proceso ejecutivo, lo que no sólo da luces para inferir que el coactivado de manera previa renuncia en forma libre y expresa a la vía ejecutiva, sino que de manera anticipada se somete a la vía coactiva civil; tal renuncia es válida en materia civil y comercial, ya que ella emerge de un consentimiento expreso concretizado en un contrato con fuerza de ley entre las partes contratantes (art. 519 del CC), con la misma fuerza y autoridad que cualquier norma, aunque su alcance sea limitado y único: obligando exclusivamente a los contratantes. Por ello, al elegir voluntariamente la vía coactiva civil, expresamente consienten y manifiestan su conformidad con la suscripción del contrato, sometiéndose conscientemente a los efectos que de ese acto pueden derivar. (Absuelve parcialmente el fundamento 4 de inconstitucionalidad).

4.- La condena no se aplica ni se ejecuta en forma anticipada, sino hasta después que se han vencido los términos para que el coactivado haga uso de los medios de defensa que tiene a su alcance. (Absuelve parcialmente el fundamento 2 de inconstitucionalidad).

3.2. Resoluciones posteriores del TC.

A pesar que las SSCC N° 35/2000 y 77/2000 declararon la constitucionalidad de los arts. 48 a 51 de la LAPCAF, tales artículos continuaron siendo impugnados mediante nuevos recursos indirectos de inconstitucionalidad, recursos que a partir del AC N° 104/2001 de 03 de abril, ni siquiera fueron admitidos por la Comisión de Admisión del TC, quienes considerando manifiestamente improcedentes tales solicitudes aprobaron el rechazó a promover tal recurso ante el TC, en base a tres argumentos:

1.- Que, conforme el art. 33.I.2 de la Ley N° 1836 la Comisión de Admisión del TC está facultado para rechazar por unanimidad las demandas y recursos manifiestamente improcedentes, cuando el TC hubiere desestimado antes en el fondo un recurso de naturaleza y con objeto sustancialmente análogos.

2.- Que, las normas impugnadas anteriormente fueron declarados constitucionales en las SSCC N° 35/2000 y 77/2000.

3.- Que, en aplicación de los arts. 65 con relación al 58.V de la Ley 1836, la existencia de una anterior declaración de constitucionalidad de las normas impugnadas torna improcedente cualquier nueva demanda contra ellas.

Similar resultado obtuvo la impugnación de inconstitucionalidad del art. 47 de la LAPCAF que dispone la incorporación del procedimiento para la ejecución coactiva civil dentro de la estructura del CPC como un Título Segundo en el Libro Segundo relativo a los procesos de ejecución. Tal planteamiento mereció el AC N° 203/2001 de 21 de junio, que rechazó el recurso con el argumento de que no ameritaba conocer el fondo de la impugnación porque la norma impugnada únicamente permite incorporar al CPC el nuevo procedimiento del proceso coactivo civil contenido en los arts. 48 a 51 de la LAPCAF, cuyos artículos en el fondo ya habían sido declarados constitucionales.

3.3. Fundamentos del TC para el rechazo de nuevos argumentos y/o violaciones.

En nuestro ordenamiento jurídico existe un sistema de jerarquía y prelación de normas, donde la CPE se encuentra en la cima pero no por voluntad del legislador sino porque en él se encuentran los principios rectores de todas las demás normas jurídicas inferiores que hacen al ordenamiento jurídico positivo del Estado. Por este motivo ninguna norma inferior puede contraponerse a lo que la CPE establece, mandar hacer lo que prohíbe o disponer lo que no manda.

Esta supremacía quedaría reducida a una mera declaración, sin efectividad alguna, si el sistema jurídico y la propia constitución no establecieran los mecanismos conducentes a hacer prevalecer tal supremacía.

Es por ello que para asegurar la supremacía de la CPE y controlar la constitucionalidad normativa, el art. 120.1 de la CPE otorga atribución al TC para conocer y resolver, en única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales; esta atribución reitera el art. 7.2 de la LTC y añade que en todos los casos debe pronunciarse conforme a la CPE y a dicha ley. Vinculado a tales normas, el art. 58.V de la LTC determina que la sentencia que declare la

Sobre la Constitucionalidad del Proceso Coactivo Civil

constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucionalidad contra ella.

Amparado en el art. 58.V de la LTC y en las SSCC 35/2000 y 77/2000 que declararon constitucionales las normas del proceso coactivo civil, el TC mantiene la postura de no someter a un nuevo juicio de constitucionalidad las normas que declaró constitucionales.

Esta postura viene sosteniendo el TC en diversas resoluciones constitucionales que ha dictado⁷, en las que ni siquiera considera posible la existencia de nuevos argumentos de impugnación contra las normas del proceso coactivo civil, incluso amparados en otras normas constitucionales.

Entre los argumentos diferentes a los que fueron planteados en ocasión de que el TC dictara las SSCC 35/2000 y 77/2000, podemos destacar los siguientes:

- Que, viola la seguridad jurídica y el debido proceso porque el juez dicta sentencia antes de se abra competencia hacia él (art. 7 CPC con relación a los arts. 7.a, 16.II y 31 de la CPE).
- Que, viola la seguridad jurídica, el debido proceso y el derecho a la defensa porque al juez que pierde competencia al dictar sentencia, le permite admitir y resolver las excepciones e incluso conceder la apelación contra tal resolución (art. 8.4 del CPC con relación a los arts. 7.a, 16.I, 16.II y 31 de la CPE).
- Que, viola los derechos a la seguridad jurídica y al debido proceso, porque ante el hecho de que se declare probada una o más excepciones la ley no señala que ocurre con la sentencia, aunque no debe olvidarse que la sentencia no puede ser sustituida, modificada ni anulada por el juez que la dictó (art. Art. 196 y 237.I.4 del CPC con relación al art. 7.a y 16.II de la CPE).

Posteriormente, en un caso que no se impugnaba las normas del proceso coactivo civil, el TC dictó la SC 101/2004 de 14 de septiembre, en la que a

⁷ La SC 81/2004 de 30 de julio y los AACCC N° 265/2001-CA de 03 de agosto; 282/2001-CA de 02 de 15 agosto; 307/2001-CA de 29 de agosto; 209/2002-CA de 07 de mayo; 322/2002-CA de 05 de julio; 398/2002-CA de 30 de agosto; 261/2003—CA de 10 de junio; 514/2003-CA de 05 de noviembre; 423/2003-CA de 15 de septiembre; 104/2001-CA de 03 de abril; 495/2001-CA de 05 de diciembre; 391/2003-CA de 29 de agosto; 423/2003-CA de 15 de septiembre; 514/2003-CA de 05 de noviembre; 578/2004-CA de 19 de octubre; 689/2004-CA de 17 de diciembre; 88/2005-CA de 18 de febrero; 370/2005-CA de 2 de agosto; 432/2005-CA de 9 de septiembre; y 535/2005-CA de 24 de octubre.

pesar de mantener su postura matizó el alcance el art. 58.V de la LTC y señaló el siguiente fundamento jurídico: “En atención a la conexitud de la norma impugnada con el art. 133 y la Disposición Transitoria Tercera, ambos del CPP, corresponde, en aplicación del art. 58.IV de la LTC, extender el juicio de constitucionalidad a las indicadas normas; precisando que si bien la última de las disposiciones nombradas fue declarada constitucional, y según el art. 58.V, «La Sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucionalidad contra ella»; ello no impide someter a la indicada norma a un nuevo juicio de constitucionalidad, al ser distinto el fundamento en el que se basó tal análisis; dado que lo que la norma prohíbe es un nuevo examen sobre un mismo fundamento”.

Ello nos muestra que la postura inicial del TC respecto del art. 58.V de la LTC no era congruente con el ejercicio del control de constitucionalidad atribuido, porque toda norma debe estar formulada de tal manera que durante su vigencia soporte todos los fundamentos de impugnación que puedan alegarse, sea directa o de modo conexo o concordante.

De aplicarse literalmente el art. 58.V de la LTC y sin la matización de la SC 101/2004, podría ocurrir que interesadamente se plantee una demanda de inconstitucionalidad con escaso o superficial fundamento para que las normas impugnadas sean declaradas constitucionales, ello con el único propósito de impedir nuevas impugnaciones y de consolidar tales normas como constitucionales. Es posible y parecería que esto hubiera ocurrido, pues se viene rechazando todos los recursos indirectos de inconstitucionalidad contra los artículos relativos al proceso coactivo civil, amparado y aplicando el art. 58.V de la LTC sin la matización establecida en la SC 101/2004 de 14 de septiembre.

No es coherente que en los recursos de impugnación contra las normas del proceso coactivo civil se aplique taxativamente el art. 58.V de la LTC y conforme la interpretación inicial asumida, mientras que en otros casos ha realizado un nuevo juicio de constitucionalidad de una norma que anteriormente había sido declarado constitucional aplicando la matización del art. 58.V de la LTC establecida en la SC 101/2004. Sin ánimo de cuestionar al TC, queda claro que se maneja una doble postura, por cierto criticable desde todo punto de vista.

3.4. Argumentos y dudas no resueltas por el TC.

Luego de analizar las impugnaciones planteadas por los recurrentes y los iniciales y posteriores fundamentos sentados por el TC, emergen las siguientes preguntas y dudas no absueltas por el TC:

- 1.- Quién absuelve el recurso de apelación planteado por el coactivante contra la resolución que deniega la ejecución coactiva?
- 2.- El juez que ha dictado la sentencia, cómo adquiere competencia para posteriormente admitir, resolver e incluso conceder apelación en el trámite de las excepciones.
- 3.- Cuando una excepción se declara probada, la sentencia se modifica, se dicta una nueva o queda sin efecto?
- 4.- El coactivado qué medios tiene para hacer prevalecer las excepciones perfectamente posibles en nuestra realidad y que se mencionan en los incisos 2, 7 y 8 del art. 507 del CPC relativo al proceso ejecutivo?
- 5.- Por qué el proceso coactivo civil permite que un juez con competencia aun cuestionable dicte sentencia?
- 6.- Por qué el proceso coactivo civil no regula la posibilidad de que la demanda se amplíe al adquirente del bien hipotecado y que éste pueda defenderse?

4.- Las excepciones no permisibles.

4.1. Identificación de las excepciones no permisibles.

Existen cinco excepciones permisibles tanto para el proceso ejecutivo como para el proceso coactivo civil, pero en el proceso coactivo civil no pueden oponerse las cinco excepciones siguientes que sí son permisibles en el proceso ejecutivo: 1º) Falta de personería en el ejecutante o en el ejecutado, o en sus representantes, por carecer de capacidad civil para estar en juicio o de representación suficiente; 2º) Litispendencia por existir otro proceso ejecutivo; 3º) Compensación de crédito líquido resultante de documento que tuviere fuerza ejecutiva; 4º) Remisión, novación, transacción, conciliación o compromiso documentado; y 5º) Cosa juzgada.

Ante la no permisión de deducir en el proceso coactivo civil las excepciones de litispendencia, de impersonería y de cosa juzgada, CASTELLANOS⁸ señaló que “cuando se presenten estas situaciones, la parte afectada tendría que plantear y reclamar, no por vía de excepción sino mediante incidente, ya que sería el único medio de defensa con que contaría la parte para hacer valer sus derechos”.

Consideramos que este criterio no es acertado, pues con este planteamiento se acabaría la defensa restringida del demandado que caracteriza a los procesos especiales sumarios y se permitiría una defensa irrestricta del demandado que caracteriza a los procesos de conocimiento, conclusión a la que arriba al parecer de confundir excepción e incidente.

Recurriendo al diccionario jurídico⁹, excepción “en sentido restringido constituye la oposición que, sin negar el fundamento de la demanda, trata de impedir la prosecución del juicio paralizándolo momentáneamente o extinguiéndolo definitivamente, según se trate de excepción dilatoria o perentoria”. En cambio, incidente es un “litigio suscitado con ocasión de un juicio, normalmente sobre circunstancias de orden procesal, y que se decide mediante sentencia interlocutoria”.

Al no estar normado el trámite de las excepciones dentro del proceso coactivo civil, deben tramitarse como conforme se tramitan en el proceso ejecutivo, resultando supletoriamente aplicable el art. 510 del CPC. Inclusive el art. 509.II del CPC diferencia las excepciones de los incidentes, los que en su tramitación tienen diferente plazo probatorio, el primero de 10 días (art. 510 CPC) y el segundo de 6 días (art. 152 CPC).

Para mayor claridad, en el siguiente cuadro detalladamente diferenciamos las excepciones permisibles en el proceso coactivo civil y en el proceso ejecutivo.

⁸ CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo, Ob. Cit., Tomo III, 2004, p. 174.

⁹ OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1998, 1998, p. 409 y 504.

Sobre la Constitucionalidad del Proceso Coactivo Civil

Excepciones permitidas	Proceso ejecutivo	Proceso coactivo
1.- Incompetencia.	Si	Si
2.- Falta de personería en el ejecutante o en el ejecutado, o en sus representantes, por carecer de capacidad civil para estar en juicio o de representación suficiente.	Si	No (objetable)
3.- Falta de fuerza del título (ejecutiva o coactiva).	Si	Si
4.- Litispendencia por existir otro proceso ejecutivo.	Si	No
5.- Falsedad o inhabilidad del título con que se pidiere la ejecución. La primera podrá fundarse únicamente en la adulteración del documento; la segunda se limitará a las formas extrínsecas del título, sin lugar a discutirse la legitimidad de la causa. Si hubiere mediado reconocimiento expreso de la firma no procederá la excepción de falsedad.	Si	Si
6.- Prescripción.	Si	Si
7.- Pago documentado.	Si	Si
8.- Compensación de crédito líquido resultante de documento que tuviere fuerza ejecutiva.	Si	No (objetable)
9.- Remisión, novación, transacción, conciliación o compromiso documentado	Si	No (objetable)
10.- Cosa juzgada.	Si	No

4.2. Excepción de falta de personería.

En cuanto a la falta de personería, creemos que esta excepción debería permitirse en el proceso coactivo civil. Esta excepción permite al demandado impugnar presupuestos procesales del demandante, como ser la falta de personería, la carencia de capacidad procesal y la insuficiencia de la representación; también le permite impugnar un presupuesto procesal sobre sí mismo, como es la falta de personería para ser demandado, que en realidad se trata de la carencia de legitimidad pasiva.

Bajo la normativa vigente del proceso coactivo civil, quien es demandado sin tener legitimidad pasiva no podría hacer prevalecer tal carencia. Entonces, bajo esta hipótesis el demandado quedaría en indefensión. Pero ante un reclamo sobre este punto y al parecer con el fin de ratificar la constitucionalidad de las normas del proceso coactivo civil, el TC en la SC 617/2003-R de 02 de mayo, realizando un análisis sobre la excepción de falta de fuerza coactiva, señaló: “Que, un título tiene fuerza coactiva cuando la obligación es exigible al ser de plazo vencido y se ha determinado la cantidad líquida adeudada...” pero luego de forma incongruente y saliéndose de tales parámetros expresa que el juez debe entender que “...el título carece de fuerza coactiva (....) cuando se pretenda exigir el cumplimiento de la obligación a una persona que no resulta ser el deudor ni obligado...”, en cuyo caso se debe declarar probada la excepción de falta de fuerza coactiva.

Esta jurisprudencia citada implícitamente creó la excepción de falta de personería en el demandado (o falta de legitimación pasiva) que la incrustó dentro de la excepción de falta de fuerza coactiva, lo que realizó mediante una aparente interpretación ampliatoria de los alcances de dicha excepción, desconociendo que se trata de una excepción independiente no permitida en el proceso coactivo civil pero admisible en el proceso ejecutivo (art. 507.2 CPC). Esta interpretación ampliatoria, que implica creación de una norma, viola el art. 59.1 de la CPE, puesto que únicamente el Poder Legislativo tiene atribución para “dictar leyes, abrogarlas, derogarlas, modificarlas e interpretarlas”.

Por otro lado, en el proceso coactivo civil al coactivado no le es permitido alegar contra el coactivante la falta de personería, la carencia de capacidad procesal ni la insuficiencia de la representación, cuyo control queda única y exclusivamente en manos del juez de la causa. En caso de darse alguna de tales circunstancias, el coactivado queda en indefensión porque la ley no le permite oponer la excepción de impersonería que las contiene.

No solo eso, sino que tal impedimento al coactivado podría condicionar la realización de un pago incorrecto a un tercero ajeno a la relación crediticia base de la ejecución forzosa, no liberándose como deudor de su obligación dineraria con el acreedor al tenor del art. 297.I del CC, aunque si cabe la posibilidad de que de buena fe el acreedor ratifique que ha recibido el pago o se demuestre que el acreedor ha aprovechado el pago realizado a ese tercero ajeno al crédito (art. 297.II CC). Salvo la buena fe citada, nada impediría que el acreedor del coactivado acuda al proceso ejecutivo a fin de cobrarle la creencia que para él continúa impaga.

4.3. Excepción de litispendencia.

En el proceso ejecutivo la litispendencia procede ante la existencia de otro anterior proceso ejecutivo al cual se pide se acumule la segunda pretensión.

En el ejecutivo esta excepción es posible porque en él puede embargarse uno o varios bienes e inclusive puede ampliarse y sustituirse el embargo inicial, entonces, ante la existencia de más de un proceso entre las partes la acumulación beneficia al demandado porque podrá soportar menores costas y al órgano jurisdiccional por disminuir su carga procesal. En cambio, en el coactivo civil únicamente puede embargarse el bien con hipoteca inscrita, no pudiendo inscribirse el embargo más de una vez sobre el bien hipotecado. En consecuencia, consideramos acertada su inexistencia en el coactivo civil.

4.4. Excepción de compensación de crédito líquido resultante de documento que tuviere fuerza ejecutiva.

Para la compensación son necesarios tres requisitos: i) Que coexistan dos deudas de personas recíprocamente acreedoras y deudoras; ii) Que el objeto de la deuda sean sumas de dinero o cosas fungibles del mismo género; iii) Que las deudas sean líquidas y exigibles, aunque también es posible cuando siendo ilíquidas sean rápida y fácilmente liquidable por el juez en la compensación judicial.

Bajo estas premisas, en el proceso coactivo civil es perfectamente posible la compensación judicial de créditos dinerarios contemplados en los arts. 366 y 367 del CC. Para hacer prevalecer tal excepción, el coactivado podría presentar un título ejecutivo válido y no necesariamente un título similar al que sirve de base para su ejecución, ello en razón que la existencia de renuncia expresa a los trámites del proceso ejecutivo no es un requisito para la compensación.

La renuncia del deudor a los trámites del proceso ejecutivo que se plasma en el documento público de crédito hipotecario y que luego se inscribe en el registro pertinente, no elimina la posibilidad de que en un negocio jurídico posterior el vínculo deudor-acreedor se invierta entre ellos. Ante esta posibilidad, la inexistencia de la excepción de compensación en el proceso coactivo civil, implica violación al derecho de defensa, porque ante la ocurrencia de esta situación el coactivado quedaría imposibilitado de utilizar tal medio de defensa. Recordemos que el derecho adjetivo no puede ni debe eliminar los derechos contemplados en el derecho sustantivo.

Al respecto, tratando de sostener su postura a favor de la constitucionalidad del proceso coactivo civil, CASTELLANOS¹⁰ señala que “debe subsumirse dentro de la excepción de pago, la compensación del crédito (...), por considerarse a las mismas como pago documentado conforme la doctrina generalizada y una forma de extinción de las obligaciones”.

Creemos que esta postura es inadecuada, por cuanto en la jurisprudencia se tienen claramente diferenciadas el pago documentado y la compensación de crédito, por ello lo más acertado sería modificar el proceso coactivo civil y añadir ésta excepción que ha sido restringida sin razón valedera, permitiendo que se oponga cualquier título ejecutivo con suma líquida y exigible.

4.5. Excepción de remisión, novación, transacción, conciliación o compromiso documentado.

Partiendo de la premisa que el proceso coactivo sólo es posible cuando el documento público de crédito hipotecario ha sido inscrito en el registro pertinente, ello no implica que cualquier modificación de tal situación que el coactivado pretenda hacer prevalecer deba estar contemplado en similar documento e inscrito en el registro pertinente.

La existencia del título ejecutivo base del proceso coactivo civil, no imposibilita la ocurrencia de alguna de las figuras que contempla esta excepción (remisión, novación, transacción, conciliación o compromiso documentado), porque la posibilidad de su convención no está directa ni condicionalmente prohibidas por ley, por ello si ocurre alguna de estas figuras el deudor debería tener la posibilidad de oponerse al proceso coactivo civil haciendo prevalecer el último acuerdo con su acreedor.

Bajo esta consideración, no es acertado restringir esta excepción múltiple para el proceso coactivo civil.

Al respecto, CASTELLANOS¹¹ tratando de sostener la constitucionalidad del coactivo civil, dice que “debe subsumirse dentro de la excepción de pago, la (...) remisión o condonación, novación, transacción, conciliación o compromiso documentado, por considerarse a las mismas como pago documentado conforme la doctrina generalizada y una forma de extinción de las obligaciones”.

¹⁰ CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo, Ob. Cit., Tomo III, 2004, p. 172.

¹¹ CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo, Ob. Cit., Tomo III, 2004, p. 172.

Creemos que esta postura no es la más adecuada, porque en la jurisprudencia se tiene, claramente diferenciados sus conceptos, por lo tanto sería conveniente aceptar su inconstitucionalidad y modificando el proceso coactivo civil se debería añadir la excepción de remisión o condonación, novación, transacción, conciliación o compromiso documentado, por no existir razón valedera que justifique su restricción.

4.6. Excepción de cosa juzgada.

En el proceso coactivo civil la sentencia que se dicta no es ejecutable sino hasta cuando transcurra el plazo para la oposición de excepciones o sean rechazadas las mismas, momento en el cual adquiere calidad de cosa juzgada formal (o firmeza).

Considerando que en la sentencia se ordena el embargo (art. 49.II LAPCAF) y que la citación del coactivado se practica después de haber cumplido efectivamente hasta su inscripción la medida cautelar de embargo (art. 49.III LAPCAF), resulta que no es posible en nuevo proceso una segunda citación al coactivado porque la segunda inscripción de embargo será observada por oficina encargada de registrar tal embargo (Derechos Reales o Tránsito). Por ello, es acertada la restricción de esta excepción en el proceso coactivo civil.

5.- Derechos y garantías violadas.

Consideramos que las normas del proceso coactivo civil son incongruentes con el resto de normas procesales de orden público y al mismo tiempo integralmente son inconstitucionales porque viola: el derecho de defensa, el derecho a la seguridad jurídica, la garantía al proceso legal, la garantía procesal del debido proceso y la garantía de la tutela jurisdiccional eficaz. En ese orden se desarrollarán los conceptos que ha asumido el TC sobre tales derechos fundamentales y garantías constitucionales así como las explicaciones que sustentan su violación.

5.1. El estado debe dictar normas constitucionales.

Consideramos que una definición completa, acertada y con mayor propiedad es aquella que expresa RIVERA¹², cuando manifiesta que la CPE es: “La ley

¹² RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio; Stefan JOST; Gonzalo MOLINA RIVERO & Huascar J. CAJIAS, La Constitución Política del Estado: Comentario Crítico, Impreso en Talleres Gráficos Kipus, Cochabamba, Bolivia, 2005, p. 2.

fundamental del ordenamiento jurídico que consagra los valores supremos, principios fundamentales, derechos fundamentales y garantías de las personas, así como normas que definen el sistema constitucional del Estado, definiendo su forma, su régimen de gobierno, así como su estructura social, política y económica”.

RIVERA¹³ dice que según el Sistema Constitucional adoptado por el TC, “Bolivia es un Estado Democrático de Derecho sustentado sobre la base los valores supremos¹⁴, principios¹⁵, derechos fundamentales y garantías constitucionales”.

Vinculado al concepto de CPE están los derechos fundamentales, que según HENKIN, citado por DERMIZAKY¹⁶, son: “Naturales en el sentido de que cada hombre nace con ellos (.....) en que son del hombre en el «estado natural», y él los trae consigo a la sociedad. El individuo era autónomo y soberano antes de que se estableciera el gobierno, y él y otros individuos agrupados siguen siendo soberanos bajo cualquier gobierno, porque su soberanía es inalienable, y el gobierno existe únicamente con el consentimiento de los gobernados”.

De tal definición emerge que los derechos fundamentales están proclamados en la CPE como una fuente de garantía para su cumplimiento y protección por parte del Estado; la consagración e inserción en las normas jurídicas, son apenas un reconocimiento que hace el Estado, por cuanto ellos son inherentes a la naturaleza humana y existen más allá de la norma jurídica.

Según la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁷, no son absolutos los alcances de los Derechos Humanos de una persona, sino

¹³ RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio. “Los valores supremos y principios fundamentales en la jurisprudencia constitucional”, en *La justicia constitucional en Bolivia 1998-2003*, Talleres gráficos KIPUS, Cochabamba, Bolivia, 2003, p. 358-360.

¹⁴ Los valores supremos son los ideales que una comunidad decide construir como sus máximos objetivos a desarrollar por el ordenamiento jurídico y expresarlos en su estructura social, económico-financiera y política, es decir, son los fines a los cuales pretende llegar. Por ello, determinan el sentido y finalidad de las demás normas y disposiciones legales que conforman el ordenamiento jurídico del Estado.

¹⁵ Los principios fundamentales son una pauta de interpretación constitucional ineludible, por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga la Ley Fundamental del Estado. Empero, los principios fundamentales tiene un carácter general, están expresados como cláusulas abstractas, por lo tanto tienen una textura abierta lo que en algunas ocasiones limita su aplicación directa, haciendo necesaria su respectiva concreción por la vía de la interpretación constitucional.

¹⁶ DERMIZAKY PEREDO, Pablo. *Derecho constitucional*, Editora J.V., Cochabamba, Bolivia, 1998, p. 112.

¹⁷ Ver: art. 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; art. 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sobre la Constitucionalidad del Proceso Coactivo Civil

que están limitados por los derechos de otras personas, por el interés colectivo o por la salud pública. Al respecto, RIVERA¹⁸ expresa que el Derecho Constitucional, asumiendo la doctrina del Derecho Internacional, señala que los derechos fundamentales no son absolutos en sus alcances, lo que implica pueden ser limitados.

En ese mismo sentido, el TC en su SC 04/2001 de 05 de enero, ha definido que “los derechos fundamentales no son absolutos, encuentran límites y restricciones en los derechos de los demás, la prevalencia del interés general, la primacía del orden jurídico y los factores de seguridad, moralidad y salubridad públicos, que no pueden verse sacrificados en aras de un ejercicio arbitrario o abusivo de las prerrogativas individuales; es decir, que los derechos fundamentales pueden ser limitados en función al interés social. Es en ese orden que la Constitución ha establecido el mecanismo legal para la regulación y restricción de los derechos fundamentales”.

También en la SC 685/2003-R de 21 de mayo, el TC definió que los derechos fundamentales por excelencia son subjetivos. Entendieron que tal subjetividad constituye cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones o interferencias) concedida a una persona por una norma jurídica. Con tal argumentación dedujeron que el derecho fundamental tiene como característica el ser un derecho subjetivo, emergiendo de allí que se trata de un derecho disponible porque su titular es una persona y no la sociedad ni el Estado. Bajo esta premisa se tiene que quien ha sufrido vulneración a algún derecho fundamental tendría tres opciones: primero, consentir de manera expresa la lesión o amenaza a esos derechos; segundo, adoptando una posición pasiva no acudir a la tutela jurisdiccional y; tercero, hacer prevalecer oportunamente sus derechos fundamentales.

No estamos de acuerdo con la generalización que el TC ha hecho respecto de los derechos fundamentales, expresando que todos son derechos disponibles. Es posible que algunos de tales derechos estén más adecuados a esta postura pero esta definición no es aplicable al derecho fundamental a la seguridad jurídica, por ello matizando tal generalización podría y debería establecerse que en tiempo oportuno es revocable el consentimiento anticipado y expreso a sufrir una vulneración a cualesquier derecho fundamental.

En la CPE la posibilidad de limitación a los derechos fundamentales esta establecida en su art. 7, cuando señala que los derechos fundamentales se

¹⁸ RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio y otros, Ob. Cit., 2005, p. 50-51.

ejercerán conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.

El hecho que la misma Constitución obligue a desarrollar en una ley determinadas materias, se conoce como el principio de reserva legal. Este principio quedó sentado por el TC en su Declaración Constitucional N° 06/2000 de 21 de diciembre, donde el principio de reserva legal fue definido como la “institución jurídica que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que por disposición de la Constitución deben ser desarrolladas en una Ley; es una institución que impone un límite tanto al Poder Legislativo como al Ejecutivo; a aquél, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, debe ser materia de otra Ley”.

Esta postura fue ratificada en la SC 04/2001 de 05 de enero, cuando interpretando señaló que el art. 7 de la CPE “...ha establecido el principio de reserva legal, por lo que cualquier restricción a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, sólo puede ser dispuesta mediante Ley de la República...”.

Los principios fundamentales se encuentran contemplados en el art. 229 de la CPE y en el mismo nivel se encuentran las normas que conforman el Bloque de Constitucionalidad. Estos principios hacen referencia a las normas que fundamentan todo el sistema constitucional y tienen por objeto determinar los rasgos esenciales del sistema político, la titularidad del poder, la modalidad de su ejercicio, así como su finalidad.

Los principios constitucionales constituyen verdaderos mandatos jurídicos, dirigidos al legislador para que sean tomados en cuenta en el proceso de creación de la normas, pues al ser éstos la base en la que se inspira el modelo de sociedad que la Constitución propugna, debe existir armonía entre la ley a crearse y los principios constitucionales.

Vinculado a los principios constitucionales, el TC señala que la noción de Estado de Derecho “...responde a una determinada concepción filosófica del hombre y de la comunidad política -el Estado como ente racional al servicio del individuo- que se constituye en un sistema de vida en libertad, que se configura bajo la idea de: a) separación de los poderes estatales; b) sometimiento de todos los poderes al orden constitucional y a las leyes; c) sujeción de la administración a la ley y control judicial; d) reconocimiento jurídico formal de una serie de derechos, libertades y garantías fundamentales...” (SC 101/2004 de 14 de septiembre).

En cuanto a las garantías constitucionales, RIVERA¹⁹ expresa que: “Son instituciones jurídicas constitucionales que tiene por finalidad proteger y amparar a las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales, contra cualquier exceso, abuso o arbitrariedad proveniente de personas particulares, autoridades públicas o judiciales”.

Otro concepto²⁰ señala que las garantías constitucionales son: “Las que ofrece la constitución en el sentido de que se cumplirán los derechos que ella consagra, tanto en lo que se refiere al ejercicio de los de carácter privado como a los de índole pública”.

De lo precedentemente expuesto, se tiene que los principios constitucionales, derechos fundamentales y garantías constitucionales, determinan los lineamientos y límites impuestos al órgano legislativo encargado de dictar leyes inferiores, pero en caso de trasgresión y/u omisión se tornan susceptibles de reclamo alegando la inconstitucionalidad de las mismas.

5.2. El derecho de defensa.

El art. 16.II de la CPE textualmente señala que “el derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable”.

En la SC 1496/2005-R de 22 de noviembre, se estableció que el derecho a la defensa abarca la posibilidad de hacer uso de todos los medios y recursos previstos por el ordenamiento jurídico, pero el hecho que la misma ley desconozca o no contemple situaciones cotidianas normales que perfectamente podrían constituirse en medios de oposición a la acción del proceso coactivo civil (nos remitimos a lo expuesto en el punto 4, titulado “Las excepciones no permisibles”), implica que esta ley no ha normado los hechos considerados normales en nuestra realidad y esto constituye una violación del derecho de defensa de los eventuales demandados en el proceso coactivo civil.

Bajo esta consideración, no es posible que el proceso coactivo civil evite al coactivado medios de defensa previsiblemente normales en cuanto a su ocurrencia, tales como las excepciones de impersonería, de compensación y de remisión, novación, conciliación o compromiso documentado, y que como medio de defensa posterior tenga que ordinarizar el proceso coactivo civil para hacer prevalecer tales excepciones, reclamo que se resolverá en un tiempo

¹⁹ RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio y otros, La Constitución Política del Estado: Comentario Crítico, Impreso en Talleres Gráficos Kípus, Cochabamba, Bolivia, 1998, p. 81.

²⁰ OSSORIO, Manuel, Ob. Cit., 1998, p. 453.

prolongado debido a la formalidad del proceso ordinario (con más propiedad, proceso de conocimiento) en sí y por supuesto después que el coactivo civil hubiera culminado con el desapoderamiento del bien rematado y adjudicado en subasta pública. El hecho de restringir al coactivado de medios de defensa previsiblemente normales en nuestro medio, torna inconstitucional el proceso coactivo civil.

Por otro lado, siendo que en el proceso coactivo civil la sentencia se ejecutoria con el rechazo de las excepciones y que la ejecución debe proseguirse sin otro trámite, ello significa que podría llegarse a remate y adjudicación aun estando en trámite el recurso de apelación contra el rechazo de las excepciones y que durante tal tramitación el coactivado queda en indefensión por cuanto no puede exigir que el coactivante preste fianza de resultas previo a la ejecución de sentencia, puesto que una condición para ello es que la sentencia se encuentre impugnada, lo que no ocurre en el proceso coactivo civil donde la sentencia es inapelable y lo único impugnable es la resolución que resuelve las excepciones. En cambio, en el proceso ejecutivo esta condición es exigible previo a la ejecución de la sentencia (art. 550 CPC).

5.3. El derecho a la seguridad jurídica.

Entre los derechos fundamentales consagrados en el art. 7 de la CPE, se encuentra el derecho fundamental a la seguridad en sentido amplio.

El TC en la SC 753/2003-R de 4 de junio, definió el entendimiento del derecho fundamental a la seguridad jurídica como “la 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 obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de las autoridades pueda causarles perjuicios”.

Tanto el derecho a la seguridad jurídica como el derecho de defensa, “... obligan al Estado a inhibirse de realizar actos que vulneren esos derechos y a crear los mecanismos y las condiciones necesarias para que sean respetados y protegidos. Es a través de la labor legislativa o reglamentaria donde ambos aspectos -abstención y promoción- se manifiestan con mayor fuerza, pues es mediante las leyes -formales o materiales-, donde se establecen las normas encaminadas a evitar que los derechos aludidos sean vulnerados (.....), así como a promover las condiciones necesarias para que las personas puedan gozar plenamente de esos derechos.” (SC 773/2005-R de 07 de julio).

Si bien es cierto que las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales sólo pueden ser establecidas mediante una Ley, no es menos cierto que el núcleo esencial de los derechos humanos no pueden desconocerse o desconfigurarse, de tal forma que al final quede suprimido o eliminado el derecho regulado en vez de limitar su ejercicio.

El proceso coactivo civil, faculta al juez para que primero dicte sentencia y después, desconociendo las normas generales que regulan la competencia, para que resuelva las excepciones que deduzca el coactivado, e incluso lo faculta para que niegue o conceda la apelación contra la resolución que resuelve las excepciones planteadas.

En un estado de derecho no es admisible que el propio estado dicte normas procesales incongruentes con otras similares pero de carácter general, que constituyen las normas de orden público. Las normas procesales nuevas deben encajar dentro de las bases jurídicas estructurales vigentes y no ser incongruentes con ellas, pues si se pretende introducir un proceso con diferentes bases jurídicas deben modificarse y/o cambiarse las anteriores, de forma que siempre se mantenga la congruencia de todas.

No se entiende por qué los órganos jurisdiccionales y el TC continúan realizando interpretaciones antojadizas y caprichosas sobre las incongruencias y los vacíos jurídicos existentes que presenta el proceso coactivo civil, cuando lo más acertado sería declarar la inconstitucionalidad del proceso coactivo para permitir que se dicte todo un nuevo proceso coactivo civil congruente con las normas sustantivas y adjetivas vigentes.

5.4. La garantía al proceso legal.

El art. 16.IV de la CPE establece la garantía al proceso legal cuando norma que “nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal; ni la sufrirá sino ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente”.

A la garantía constitucional al proceso legal, el referente español MONTERO²¹ con más propiedad y acertadamente lo ha denominado garantismo procesal. Al respecto, señala que esta fórmula breve constituye la nueva concepción ideológica que debe conformar el proceso civil en el siglo XXI bajo la premisa de la idea-fuerza de la libertad de los individuos como función

²¹ AROCA, Juan, “Moción de Valencia sobre el proceso civil en el siglo XXI: tutela y garantía”, en Revista Boliviana de Derecho, Editorial El País, Santa Cruz, Bolivia, 2006. p. 181.

básica del Estado democrático asentado sobre el proceso como garantía de los derechos y los intereses legítimos de los individuos. Esta nueva concepción condiciona que se deje atrás y se supere las concepciones publicistas basada en la primacía de los intereses públicos sobre los individuales e incluso el aumento de los poderes del juez en detrimento de los derechos de las partes.

También señala que “la regulación del proceso en la ley ordinaria deberá partir de la base fundamental del respeto a las garantías y principios procesales plasmados en los tratados internacionales y en la constitución respectiva. Lo que promete estos textos a los individuos no puede acabar siendo desconocido por las leyes procesales”.

Para COUTURE²², el proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho, en cambio, para MONTERO²³ es el instrumento necesario para que los órganos jurisdiccionales cumplan su función, es el único medio para que ejerzan jurisdicción y es el único instrumento disponible a las partes para impetrar de los tribunales la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos.

GUASP²⁴, puntualmente señala que el proceso civil “es la institución jurídica que tiene por objeto la satisfacción pública de pretensiones, cuando estas pretensiones, por la materia sobre que recaen, afectan al ordenamiento jurídico privado (o no están asignadas a otro orden jurisdiccional). Pero con frecuencia sucede que el derecho sucumbe ante el proceso y, en consecuencia, el instrumento falla en su cometido, lo que unas veces ocurre por la desnaturalización práctica de los principios que constituyen una garantía de justicia, y en otras es la propia ley procesal que a causa de sus imperfecciones priva de la función tutelar”.

Según COUTURE²⁵, las premisas de la tutela constitucional del proceso son las siguientes:

- a).- La constitución presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana;

²² COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Reimpresión inalterada, Ediciones Desalma, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 148.

²³ MONTERO AROCA, Juan, “Capítulo I. Naturaleza del proceso”, en: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Edita Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999, p. 291.

²⁴ GUASP, Jaime y Pedro ARAGONES, *Derecho procesal civil: Introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, España, 2002, p. 44.

²⁵ COUTURE, Eduardo J., *Ob. Cit.*, 2004, p. 149-150.

Sobre la Constitucionalidad del Proceso Coactivo Civil

- b).- La ley, en el desenvolvimiento normativo jerárquico de preceptos, debe instituir ese proceso;
- c).- Pero la ley no puede instituir formas que hagan ilusoria la concepción del proceso consagrada en la constitución;
- d).- Si la ley instituyera una forma de proceso que privara al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho, sería inconstitucional;
- e).- En esas condiciones, deben entrar en juegos los medios de impugnación que el orden jurídico local instituya para hacer efectivo el contralor de la constitucionalidad de las leyes.

Para que exista una seguridad de que el proceso no aplaste el derecho, es necesaria una ley tutelar de las leyes de tutela, lo que se ha logrado con la instauración del principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley procesal, situación que se tiene establecido en el supra señalado art. 16.IV de la CPE.

De este modo, el proceso es tutelado por imperio de las previsiones constitucionales. Pero el problema radica en la hipótesis de que el legislador instituya leyes procesales de tal manera irrazonables que virtualmente impidan a las partes defender sus derechos y a los jueces reconocer sus razones; en este caso, la garantía constitucional de que las leyes deben fijar el orden y las formalidades de los juicios, se cumple de una manera meramente formal y externa.

Consecuentemente, bajo esta hipótesis el proceso sancionado por el legislador viola otras garantías de la misma Constitución. Cuando esto ocurre el proceso como instrumento de la justicia queda desnaturalizado. Entonces cabe una pregunta, será posible evitar dicho mal dentro del régimen democrático, conocido con el nombre de Estado de Derecho? Una respuesta positiva daría lugar a que se pueda tutelar el proceso para que él a su vez pueda tutelar el derecho. Asumiendo una respuesta positiva se desarrolló el presente estudio.

Por ello consideramos inadmisibles que un proceso este normado de forma incongruente con otras normas procesales de carácter general y que se viole la garantía al proceso legal mediante la violación de las otras dos garantías que a continuación se desarrollan.

5.5. La garantía procesal del debido proceso.

Partiendo de la garantía procesal del debido proceso instituida por la CPE, en la SC 1044/2003-R de 22 de julio, la doctrina constitucional desarrollada por el TC ha dejado sentado el alcance de esa garantía constitucional y en tal sentido en el Fundamento Jurídico III.1 ha expresado que “...conviene precisar que del contenido del art. 16. IV CPE, en conexión con los arts. 14 y 116. VI y X constitucionales, se extrae la garantía del debido proceso, entendida, en el contexto de las normas constitucionales aludidas, como el derecho que tiene todo encausado «a ser oído y juzgado con las debidas garantías», por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, instituido con anterioridad al hecho y dentro de los márgenes de tiempo establecidos por ley”. Línea jurisprudencial reiterada por las SSCC 1347/2004-R, 1791/2004-R, 336/2005-R, 928/2005-R, 1496/2005-R, entre otras.

Conforme las normas que regulan el proceso coactivo civil, el adquirente, en el caso que lo haya, no podrá ser demandado juntamente con el deudor y/o fiador porque una vez presentada la demanda cumpliendo los presupuestos procesales, el juez *inaudita parte* dicta una sentencia que inmediatamente adquiere firmeza al ser inapelable. El hecho de tener una sentencia firme implica que contra el adquirente procesalmente no es posible ampliar la demanda. Tal sentencia firme, a pesar de haber sido dictada ignorando la existencia del adquirente, resulta que podría afectar el dominio del adquirente sobre el bien hipotecado que esta siendo sometido a ejecución forzosa, quien bajo esas circunstancias no puede asumir defensa en tal proceso coactivo civil porque desconoce que se esté tramitando.

El hecho que en ejecución de sentencia y antes de aprobado el remate, se permita al adquirente convalidar la transferencia pagando al coactivante la obligación perseguida y los gastos del proceso, en principio es incongruente porque el adquirente no demandado procesalmente recién se enterará del proceso cuando sea notificado con el mandamiento de desapoderamiento dictado después (no antes) de aprobado el remate, salvo que se entere por otros medios; tampoco debe entenderse como un medio de defensa eficaz ni oportuno, por cuanto sólo por el hecho de haber llegado a esa instancia ya implica perjuicio innecesario al adquirente, porque si hubiera sido demandado podría pagar dentro del plazo de los tres días de la intimación una suma menor a la que corresponde en la fase ejecución de sentencia.

Menos debe entenderse como un medio de defensa eficaz el hecho que en ejecución de sentencia y después de aprobado el remate se permita al

adquirente deducir oposición en el plazo de diez días de la notificación con el mandamiento de desapoderamiento al ocupante y/o poseedor, debido a que muchas veces el inmueble rematado es un lote donde no vive nadie o es una vivienda ocupada por alguien pero deshabitada (cerrada) a tiempo de notificar con el mandamiento de desapoderamiento.

Considerando que en los créditos hipotecarios es posible la presencia del adquirente y que el proceso coactivo civil está limitado a la acción real, con el fin de evitar indefensión en el adquirente la sentencia debería dictarse después de que el juez conozca el informe que ordenó al registrador de derechos reales para conocer las posibles transferencias del bien hipotecado y de que el coactivante tenga la posibilidad de ampliar la demanda. Al no estar así normado, implica que el proceso coactivo civil es inconstitucional.

5.6. La garantía de la tutela jurisdiccional eficaz.

Partiendo de la garantía procesal del debido proceso instituida por la CPE, en la SC 1044/2003-R de 22 de julio, la doctrina constitucional desarrollada por el TC dejó sentado el alcance de tal garantía constitucional, pero partiendo de tal concepto vinculado a los arts. 14, 16.IV y 116.VI y X de la CPE y de poner tales artículos en conexión con el art. 6.I constitucional, extrajo la garantía de la tutela jurisdiccional eficaz, la que debe ser “entendida en el sentido más amplio, dentro del contexto constitucional referido, como el derecho que tiene toda persona de acudir ante un juez o tribunal competente e imparcial, para hacer valer sus derechos o pretensiones, sin dilaciones indebidas”. Línea jurisprudencial reiterada por las SSCC 1347/2004-R, 1791/2004-R, 0336/2005-R, SC 0928/2005-R, 1496/2005-R, entre otras.

MONTERO²⁶, al referirse a la tutela judicial efectiva, que en nuestra normativa equivale a la tutela jurisdiccional eficaz, señala que el derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva incluye la invariabilidad de las resoluciones judiciales para el tribunal que las dicta, lo que no es consecuencia ni de la firmeza ni de la cosa juzgada material, sino de la terminación del ejercicio de la potestad jurisdiccional, por lo que puede ponerse en relación con lo que es jurisdicción y con la seguridad jurídica. También señala que éste derecho comprende también el que el fallo se cumpla.

Vamos a partir del supuesto que el acreedor inicia proceso coactivo civil contra el deudor hipotecario pero ignora la existencia de un adquirente sobre

²⁶ MONTERO AROCA, Juan, Ob. Cit., 1999, p. 256-257.

el bien hipotecado que tiene inscrito su dominio en los registros pertinentes. Conforme las normas que regulan el proceso coactivo civil, el coactivante que desconoce la existencia del adquirente únicamente demandará al deudor y aun cuando descubra la existencia del adquirente en el informe del registrador obtenido en virtud del art. 496 del CPC (informe sobre gravámenes y/o transferencias), ya no podrá ampliar la demanda al adquirente, porque una vez que presenta la demanda cumpliendo los presupuestos procesales, el juez *inaudita parte* dicta una sentencia que inmediatamente adquiere firmeza al ser inapelable, cuyos efectos lógicamente no alcanzan al adquirente.

Siendo que la sentencia firme debe ser ejecutada sin alterar ni modificar su contenido, en ejecución de sentencia y una vez aprobado el remate el coactivante podrá cobrar todo o parte de su crédito, dependiendo del valor de bien, pero a pesar de ello procesalmente resulta que el adquirente está facultado deducir oposición contra el adjudicatario en el plazo de diez de la notificación con el mandamiento de desapoderamiento, sin importar que el adjudicatario sea el acreedor o una tercera persona.

Continuando con el supuesto, la efectividad de la oposición del adquirente esta condicionada a su interposición, de ello emergen dos situaciones sin considerar quién sea el adjudicatario: 1º) Si la oposición no se plantea o se la plantea fuera del plazo establecido, la sentencia podrá ejecutarse llegando incluso a afectar el dominio del adquirente sobre el bien hipotecado que esta siendo sometido a ejecución forzosa, así el proceso coactivo civil estará brindando una tutela jurisdiccional eficaz al adjudicatario; 2º) Si la oposición se plantea oportunamente, debido a que el adquirente ha registrado su dominio antes de la efectivización del embargo, de seguro la oposición se declarará probada, de ello resulta que el adjudicatario formalmente es propietario del bien rematado pero su posesión se tornaría incierta y condicionada a un proceso de conocimiento posterior con tal fin, así el proceso coactivo civil no otorga una tutela jurisdiccional eficaz al adjudicatario.

En el caso que no se hubiera demandado al adquirente y que en el expediente conste el informe del registrador obtenido en virtud del art. 496 del CPC (informe sobre gravámenes y/o transferencias) y el informe recabado en ejecución de sentencia conforme el art. 536 del CPC (informe sobre gravámenes), nadie que sea razonablemente diligente se arriesgaría a adjudicarse tal bien en remate, debido a la posibilidad de ocurrencia del segundo caso citado en el párrafo que antecede, lo que condicionaría a que el acreedor necesariamente deba adjudicarse el bien que está rematando u optar la inactividad procesal que dejaría en suspenso su pretensión de cobro mediante ejecución forzosa.

Considerando que en los créditos hipotecarios es posible la presencia del adquirente y que el proceso coactivo civil está limitado a la acción real, con el fin de que el proceso coactivo civil brinde la garantía de la tutela jurisdiccional eficaz al adjudicatario, el juez debería dictar sentencia después de conocer el informe que ordenó al registrador de derechos reales y de que el coactivante tenga la posibilidad de ampliar la demanda. Al no estar así normado el proceso coactivo civil, implica su inconstitucionalidad.

6.- Conclusiones.

A la culminación del presente estudio, se llegó a la conclusión que el proceso coactivo civil, tal como está normado, violenta los derechos de defensa y a la seguridad jurídica, como también las garantías al proceso legal, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional eficaz, cuyas violaciones puntualmente consisten en lo siguiente:

- I. El proceso coactivo civil atenta contra el **derecho a la defensa** del coactivado porque le impide usar medios de defensa previsiblemente normales en nuestro medio, como son las excepciones de impersonería (especialmente), de compensación y de remisión, novación, conciliación o compromiso documentado, las que no están prohibidas por ley, con el pretexto que en proceso ordinario posterior puede hacer valer tales y otras pretensiones con el fin de modificar lo resuelto en el coactivo civil, condicionando así que el coactivado primero pierda el bien hipotecado y que después se resuelva sobre la pertinencia o no de tales posibles excepciones.
- II. Como la sentencia del proceso coactivo civil se ejecutoria con el rechazo de las excepciones, resulta que el coactivado queda en **indefensión** porque durante el trámite de apelación de excepciones no puede exigir al coactivante que preste fianza de resultas previo a la ejecución de sentencia, toda vez que la sentencia es inapelable.
- III. Debido a que el adquirente puede surgir en razón que la hipoteca no impide la transmisión del bien hipotecado, resulta que el proceso coactivo civil viola el **debido proceso** y el **derecho de defensa** del adquirente de un bien hipotecado, porque no permite que el acreedor amplíe la demanda a tal adquirente, quien así queda impedido de conocer y poder intervenir en el proceso.
- IV. El proceso coactivo civil viola el derecho a la **seguridad jurídica**, porque

desconociendo las reglas generales de competencia, faculta al juez que dictó sentencia a tramitar y resolver excepciones e incluso a negar o conceder la apelación contra la resolución que resuelve las excepciones.

- V. El derecho a la **seguridad jurídica** también es violada, porque el proceso coactivo civil permite que un juez con competencia aun cuestionable dicte sentencia, misma que podría tornarse nula en caso de determinarse que fue dictada sin competencia.
- VI. Siendo que el adjudicatario puede surgir producto de la subasta pública y la aprobación de remate, resulta que el proceso coactivo civil no asegura la garantía de la **tutela jurisdiccional eficaz**, porque la sentencia dictada no brinda certeza total al adjudicatario de entrar en posesión del bien que se adjudique, tornándose inoperante cuando el adquirente no demandado deduce oposición oportuna al mandamiento de desapoderamiento del bien subastado y adjudicado.
- VII. Considerando que en los créditos hipotecarios es posible la presencia del adquirente y que el proceso coactivo civil está limitado a la acción real, éste proceso debería normar que la sentencia se dicte después que el juez conozca el informe ordenado al registrador de los derechos reales y que el coactivante tenga la posibilidad de ampliar la demanda, con ello se evitaría la **indefensión** del adquirente y se garantizaría la **tutela jurisdiccional eficaz** al adjudicatario (que puede ser el coactivante o una tercera persona) para entrar en posesión del bien adjudicado.

7.- Recomendaciones.

No nos oponemos, al contrario consideramos acertado que exista un proceso exclusivo para créditos hipotecarios, por las características propias de ese derecho real, por ello y con el fin de que tal proceso no violente sino más bien sea congruente con los valores supremos, principios fundamentales, derechos fundamentales y garantías constitucionales y que encaje en las estructuras jurídicas sustantivas y adjetivas vigentes, creemos oportuno exponer las siguientes recomendaciones generales:

- I. Los documentos con garantía hipotecaria deberían constituir títulos coactivos, así se obviaría la renuncia expresa del deudor y/o garantes a los trámites del proceso ejecutivo.
- II. Del proceso ejecutivo debería excluirse la ejecución de garantías reales y

quede sometida al proceso coactivo civil.

- III. El proceso coactivo civil no debería quedar limitado a la acción real, sino que debe permitírsele la acción mixta, para que así en el mismo proceso se pueda ejecutar las garantías personales cuando las reales no cubran el monto pretendido.
- IV. El art. 496 del CPC debería constituirse en la base exclusiva del proceso coactivo civil, cuyo contenido debe ampliarse a los fines de brindar mayor claridad y facilitar su interpretación y aplicación correcta tanto por los juzgadores como por las partes procesales.
- V. Los plazos del proceso coactivo civil deberían ser similares a los del proceso ejecutivo, pues la pretensión de celeridad para que quede ejecutoriada la sentencia sólo se da en caso que el ejecutado no asuma defensa, además que la retardación de los procesos no se debe a los plazos sino al tiempo que se toman las partes procesales y los juzgadores y subalternos al resolver las peticiones jurisdiccionales.
- VI. El trámite del proceso coactivo civil debería ser similar al del proceso ejecutivo, porque ello condicionaría que las sentencias sean dictadas por juzgadores con competencia definida y no cuestionable.
- VII. El título coactivo no formalizado en su inscripción de la garantía real convenida, *ipso facto* debería mutar a título ejecutivo que condicione una acción personal.

8.- Bibliografía consultada.

CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo, *Código de Procedimiento Civil: Comentado, concordado, doctrina, jurisprudencia y legislación comparada*, Tomo III, Editorial Alexander, Cochabamba, Bolivia, 518 p, 2004.

COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Reimpresión inalterada, Ediciones Desalma, Buenos Aires, Argentina, 524 p, 2004.

DECKER MORALES, José, *Código de Procedimiento Civil: Comentarios y concordancias*, Cochabamba, Bolivia, 746 p, 2001.

DECKERMORALES, José, *Proceso ejecutivo*, Impresiones Poligraf, Cochabamba, Bolivia, 340 p, 2002.

DERMIZAKY PEREDO, Pablo, *Derecho constitucional*, Editora J.V., Cochabamba, Bolivia, 526 p, 1998.

GUASP, Jaime y Pedro ARAGONES, *Derecho procesal civil: Introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, España, 454 p, 2002.

MONTERO AROCA, Juan, “Capítulo I. Naturaleza del proceso”, en: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Edita Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999, p. 291.

MONTERO AROCA, Juan, “Moción de Valencia sobre el proceso civil en el siglo XXI: tutela y garantía”, en *Revista Boliviana de Derecho*, Editorial El País, Santa Cruz, Bolivia, 190 p, 2006.

OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1038 p, 1998.

PARDO IRANZO, Virginia, *La tutela ejecutiva en el procedimiento civil*, Editorial El País, Santa Cruz, Bolivia, 159 p, 2004.

PARDO IRANZO, Virginia, “Sobre la constitucionalidad de la ejecución coactiva civil”, en *Iuris Tantum-Revista Boliviana de Derecho N° 1*, Editorial El País, Santa Cruz, Bolivia, 190 p, 2006.

RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio, “Los valores supremos y principios fundamentales en la jurisprudencia constitucional”, en *La justicia constitucional en Bolivia 1998-2003*, Talleres gráficos KIPUS, Cochabamba, Bolivia, 866 p, 2003.

RIVERASANTIVANEZ, José Antonio, Stefan JOST; Gonzalo MOLINARIVERO & Huascar J. CAJIAS, *La Constitución Política del Estado: Comentario Crítico*, Impreso en Talleres Gráficos Kipus, Cochabamba, Bolivia, 489 p, 1998.

RIVERASANTIVANEZ, José Antonio; Stefan JOST; Gonzalo MOLINARIVERO & Huascar J. CAJIAS, *La Constitución Política del Estado: Comentario Crítico*, Impreso en Talleres Gráficos Kipus, Cochabamba, Bolivia, 519 p, 2005.

LA TUTELA CAUTELAR EN APOYO DE UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN BOLIVIA Y EN ESPAÑA TRAS LA LEY 1/2000, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, LA LEY 60/2003, DE ARBITRAJE Y LA LAC BOLIVIANA (1997)

Rosa Lapiedra Alcamí*

SUMARIO: 1.- Introducción: La importancia de las medidas cautelares en el marco de un procedimiento arbitral. 2.- Problemática que plantea la tutela cautelar en España. 3.- La evolución del sistema español en materia de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje: 3.1. El silencio de la Ley de Arbitraje de 1988 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. 3.1.a).- La interpretación doctrinal y jurisprudencial del silencio de la LA: su carácter altamente contradictorio. i).- La interpretación doctrinal. ii).- La interpretación jurisprudencial. 3.2. La regulación prevista por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. 3.3. Novedades introducidas en la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre y análisis comparativo con la Ley boliviana de arbitraje de 1997.

1.- Introducción.

La importancia de las medidas cautelares en el marco de un procedimiento Arbitral

La pendencia de todo proceso conlleva un cierto riesgo para las partes. Así, durante el lapso de tiempo que transcurre desde que el proceso se inicia, o incluso antes, hasta que la decisión final es ejecutiva es muy frecuente que la parte que estima que va a perder realice actos que dificulten o impidan la efectividad de la decisión final que en su día pueda dictarse. Es por ello que, con carácter general, las medidas de protección persiguen evitar que se desvirtúe, perjudique o frustre la tutela judicial que pueda obtenerse al término del proceso. Su enorme trascendencia práctica deriva del hecho de que, en ocasiones, la eficacia misma del proceso puede depender de la adopción de una medida de aseguramiento, ya sea de personas o de sus bienes, adecuada a las exigencias del caso. En este sentido, las medidas cautelares presentan una importancia indiscutible en el marco de un procedimiento judicial, hasta el punto que no es posible concebirlo totalmente al margen de la tutela cautelar.

* Profª. de Derecho Internacional Privado
Universitat de València
(ESPAÑA)

El arbitraje constituye la vía generalmente utilizada para la resolución de los conflictos derivados del comercio internacional. De ahí que, con el objeto de que el arbitraje constituya una vía de resolución de controversias tan eficaz o más que la judicial resulta igualmente indispensable, a menudo, la adopción de una medida de protección. No debemos olvidar que el proceso arbitral y el judicial son en esencia equivalentes tal y como ha afirmado en repetidas ocasiones el Tribunal Constitucional¹. De hecho, el arbitraje queda sometido a las mismas limitaciones y vicisitudes procesales que la vía judicial. Resulta lógico por ende que ambos gocen de las mismas vías de protección del objeto del litigio. En definitiva, las partes que opten por acudir a esta forma privada de justicia en lugar de la vía judicial no deben ver limitado su derecho a la tutela judicial efectiva². Y este derecho a la tutela judicial efectiva incluye asimismo el derecho a la tutela cautelar. El propio legislador español en la Exposición de Motivos de la Ley de arbitraje de 1988 pone e manifiesto que “El convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, consagrado en el artículo 24 de la Constitución”³. Es más, las medidas de protección todavía resultan más importantes, si cabe, en el ámbito del comercio internacional puesto que hay una mayor movilidad tanto de personas como de sus bienes. En consecuencia, resulta impensable un proceso arbitral en el que no se admitan las medidas de protección.

No en vano nos encontramos ante una de las cuestiones que más inquietan a la doctrina y a la práctica del arbitraje en la actualidad, no sólo por su complejidad, sino también por la ausencia de una respuesta adecuada en la mayor parte de los sistemas de nuestro entorno. Esta circunstancia se traduce en graves trastornos para los operadores del comercio internacional y para el desarrollo mismo de la justicia.

Tanto es así que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI/UNCITRAL- creaba en 1999 un grupo específico de trabajo sobre arbitraje para trabajar en esta materia y ya ha dado sus frutos pues ha concluido un a reforma del artículo 17 de la Ley Modelo⁴.

¹ Vid. Sent. TC, de 7 de febrero de 1989, *El Derecho*, 15/1989; Sent. TC, de 22 de marzo de 1991, *El Derecho*, 62/1991; Sent. TC, de 23 de noviembre de 1995, *El Derecho*, 174/1995.

² ARTUCH IRIBERRI, E.: “La adopción de medidas cautelares por el juez español en relación con el procedimiento arbitral: un conflicto se diluye (Comentario al Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 69 de Madrid, de 20 de junio de 1999)”, *R.C.E.A.*, 1999, pp. 150 y 151.

³ Vid. la Exposición de Motivos de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de Arbitraje.

⁴ Vid. el texto completo de la reforma en A/CN.9/WG.II/WP.141, Documento presentado por el Grupo de Trabajo II en materia de arbitraje en el 44º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL), celebrada en Nueva York, del 23-27 de enero de 2006.

2.- Problemática que plantea la tutela cautelar en España.

Con carácter general puede afirmarse que en España la cultura arbitral ha sido casi inexistente. Ello se debe, entre otras razones, a la desconfianza y recelo que tradicionalmente ha existido por parte de los jueces hacia la institución arbitral. Esta circunstancia se traducía en una absoluta falta de adecuación de la normativa existente a las necesidades reales de este mecanismo alternativo de resolución de controversias. Afortunadamente, este panorama está cambiando en los últimos años y lo cierto es que el legislador español está mostrando un amplio interés en potenciar el arbitraje, no sólo a nivel interno, sino también internacional.

La legislación española en materia de arbitraje se ha caracterizado por ser altamente insatisfactoria con carácter general y, muy especialmente, por lo que a la tutela cautelar se refiere. En efecto, la indudable necesidad de admitir las medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral -como se ha visto- chocaba frontalmente con lo previsto en la Ley de arbitraje de 1988 puesto que guardaba silencio sobre el particular. De este modo, la complejidad que rodea a esta cuestión se veía agravada en España por el hecho de que, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países, el legislador no se había pronunciado al respecto.

En realidad, hasta la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 9 de enero no había existido una norma expresa que regulara esta cuestión, con todos los inconvenientes que ello acarrearía en la práctica. Sin duda, esta Ley supuso un paso adelante muy importante al introducirse algunas mejoras considerables. Sin embargo, tampoco se consiguió, ni de lejos, solventar todos los problemas que se suscitaban en torno a esta cuestión. Por un lado, porque adolecía de lagunas importantes, tal vez en espera de que fuera una ley especial que la completara. Y, por otro lado, por cuanto que provocó un claro desajuste con lo dispuesto en la anterior Ley de Arbitraje de 1988 -como veremos-.

Junto a ello, tampoco la jurisprudencia existente arrojaba ninguna luz al problema, por cuanto que era escasa y contradictoria. De hecho, ante el silencio de la Ley de arbitraje de 1988, en supuestos prácticamente idénticos unas veces se admitían las medidas cautelares, mientras que en otros se denegaban sin más. Este hecho generaba una enorme inseguridad jurídica para los operadores del comercio internacional, a la vez que suponía vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva en muchas ocasiones.

Finalmente, el 26 de marzo de 2004 entra en vigor la nueva Ley de arbitraje 60/2003 que, basándose en lo dispuesto en la Ley Modelo UNCITRAL, adopta

por primera vez en nuestro país una solución acorde con el resto de sistemas de nuestro entorno y, a su vez, actúa como complemento necesario de la LEC.

Ante esta situación tan compleja resulta necesario presentar, con carácter previo, la evolución legislativa, doctrinal y jurisprudencial que ha sufrido la regulación de la tutela cautelar en España. A continuación, se procederá a analizar el estado actual de la cuestión tras la entrada en vigor de la LEC de 2000 y nueva Ley de Arbitraje de 2004.

3.- La evolución del sistema español en materia de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje.

3.1. El silencio de la Ley de Arbitraje de 1988 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

La regulación contenida en la Ley española de arbitraje de 1988 -vigente hasta el 25 de marzo de 2004- planteaba numerosos problemas en materia cautelar. En este sentido, nuestro sistema únicamente admitía de forma expresa en el artículo 50 LA la adopción de medidas cautelares en la denominada fase post-arbitral, esto es, una vez había sido dictado el laudo arbitral. Pero, además, se requería que éste hubiera sido recurrido en anulación por alguno de los motivos previstos en la propia Ley. En definitiva, tan sólo preveía en su artículo 50 las medidas cautelares en vía de recurso contra el laudo.

Esta solución chocaba con la prevista en la inmensa mayoría de los sistemas de Derecho comparado donde se admite expresamente la posibilidad de adoptar medidas de protección en el marco de un arbitraje en todas las fases del procedimiento arbitral. Ya sea, antes de iniciarse el procedimiento arbitral, durante el desarrollo del mismo o una vez finalizado éste. Es por ello que tal solución resultaba altamente criticable por tres motivos fundamentalmente.

- A) En primer lugar, porque restringía enormemente la posibilidad de solicitar medidas de aseguramiento en apoyo de un arbitraje al condicionar su concesión a que se hubiera interpuesto el recurso de anulación contra el laudo.
- B) En segundo lugar, porque a su vez, dejaba sin cobertura legal la mayoría de los supuestos en que podía resultar de vital importancia la adopción de una medida de protección. De hecho, habitualmente su necesidad se manifestaba mucho antes de que se hubiera dictado el laudo pudiendo ser

requeridas, tanto durante el desarrollo del procedimiento arbitral o, incluso, antes de que éste se iniciase.

- C) Finalmente, puesto que resultaba bastante dudoso que en esta fase final del procedimiento todavía pudiera hablarse de tutela cautelar en sentido propio. Las medidas cautelares, una vez dictado el laudo, no pueden ser consideradas como tales porque, a partir de ese momento ya está pendiente el *exequatur*. De ahí que, lo procedente no es adoptar cautelas, sino ejecutar provisionalmente el laudo⁵.

Así pues, el legislador español en la Ley de arbitraje de 1988 no sólo dejaba sin regulación las medidas de aseguramiento, sino que, cuando hablaba de ellas no lo hacía con propiedad, porque lo que el denominaba “medidas cautelares” no lo eran en sentido estricto.

Ante el vacío legal de la Ley de arbitraje de 1988 quedaba como alternativa acudir a la L.E.C de 1881, en cuanto régimen aplicable con carácter supletorio a falta de Ley especial. Ésta por su parte, regulaba en el artículo 1428 la adopción de medidas de protección, pero referidas estrictamente a un proceso judicial, sin hacer referencia explícita o implícita en ningún momento al arbitraje⁶. Es por ello que fue interpretado mayoritariamente por la doctrina en el sentido de que la materia arbitral quedaba excluida de dicha norma.

En definitiva, las esperanzas depositadas en la Ley 36/1988 de arbitraje, de 5 de diciembre pronto quedaron frustradas. No logró ni propiciar el arbitraje en España, ni convertirla en una sede habitual del arbitraje comercial internacional. Ello se debió fundamentalmente, a los problemas que planteó dicha Ley desde su misma promulgación⁷. De hecho, fue objeto de muchas críticas⁸, entre otras razones, porque hizo caso omiso de la Ley modelo UNCITRAL de 1985.

⁵ LOPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A.: “Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional”, La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, nº 5046, de 4 de mayo de 2000, pág. 2.

⁶ El art. 1428 de la L.E.C. de 1881 habla expresamente de “juicio”, “juez” y “demanda”, esto es, que trata de garantizar la efectividad de un proceso judicial sin hacer en ningún momento referencia expresa al arbitraje.

⁷ Vid. los comentarios realizados a la Ley española de arbitraje de 1988 donde se pone de relieve las deficiencias de que adolecía desde sus inicios, sobre todo, en los Títulos IX y X, relativos a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros y a las normas de Derecho internacional privado, respectivamente, en Comentarios a la Ley de Arbitraje, Madrid, Civitas, 1989.

⁸ ESPLUGUES MOTA, C.: “Reflexiones en torno a una frustración: el Título IX de la nueva Ley española de arbitraje relativo a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros”, R.C.E.A., 1988-1989, págs 158 y ss.

3.1.a). La interpretación doctrinal y jurisprudencial del silencio de la LA: su carácter altamente contradictorio

Como terminamos de ver, la Ley de arbitraje de 1988 guardaba silencio sobre esta materia. Este hecho, de por sí negativo, adquiriría una especial relevancia si consideramos que el Anteproyecto de la Ley de Arbitraje sí que contenía una disposición sobre el particular. En efecto, el citado texto elaborado por el Ministerio de Justicia en 1988 preveía en su artículo 30 la posibilidad de que los árbitros pudiesen adoptar las medidas cautelares que estimasen oportunas en cualquier fase del procedimiento arbitral, bien de oficio bien a instancia de parte, para cuya ejecución se podría solicitar la colaboración de los jueces. Sin embargo, este precepto fue suprimido finalmente en el Proyecto que el Gobierno presentó a las Cortes Generales⁹.

Sin embargo, la supresión del precepto que admitía la tutela cautelar en el arbitraje no se produjo por el hecho de que se estimara que no era conveniente la adopción de medidas de protección al amparo de un procedimiento arbitral, sino que fue un texto que tuvo que someterse a la transacción política entre partidarios y detractores de la institución arbitral¹⁰. De hecho, la desaparición de este “artículo 30” fue objeto de numerosas enmiendas por parte de los distintos grupos políticos¹¹. En efecto, se dejaba un vacío legal en materia de adopción de medidas cautelares en España, tanto antes del comienzo del procedimiento arbitral, como durante el desarrollo del mismo e incluso después de dictado el laudo cuando no había sido recurrido. Esta situación daba lugar a una enorme inseguridad jurídica, por cuanto que llevó tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a mantener posturas confrontadas, planteándose numerosos problemas en la práctica, como se verá a continuación.

De haberse introducido este artículo 30 se habría resuelto el problema

⁹ LORCA NAVARRETE, A.M.: Manual de Derecho de arbitraje interno e internacional, Madrid, Civitas, 1997, pág. 795; MUÑOZ SABATÉ, L.: “Medidas cautelares en el arbitraje a la luz de la máxima *inclusio unius, exclusio alterius*”, Rev. Jur. Cat., 1996, pág. 201.

¹⁰ CREMADES, B.M.: “El convenio arbitral”, Diario La Ley, de 4 de abril de 2003, pág. 8.

¹¹ De entre las enmiendas que se presentaron destacan las relativas al actual artículo 27 que se correspondía con el artículo 28 del Anteproyecto de Ley de Arbitraje. Este precepto recogía la posibilidad de solicitar la colaboración de los jueces para la práctica de las pruebas. Pues bien, estas enmiendas hacían extensible esta posible colaboración de los jueces al ámbito de las medidas cautelares. Las enmiendas introducidas fueron las siguientes: 1.^a- enmienda núm. 15 del grupo parlamentario del P.N.V.; 2.^a- enmienda núm. 188 del grupo parlamentario del C.D.S.; 3.^a- enmienda núm. 218 del grupo parlamentario del C.P.; 4.^a- enmienda del grupo parlamentario de Minoría catalana; enmienda núm. 35 del grupo mixto; 5.^a- enmienda núm. 63 del grupo parlamentario CiU. Vid el texto completo de las diferentes enmiendas en la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, vol. 1-1989, págs. 11 y ss; así como en LORCA NAVARRETE A.M. – SILGUERO ESTAGNAN, J.: Derecho de Arbitraje Español. Manual Teórico-Práctico de Jurisprudencia Arbitral Española, Madrid, Dykinson, 1997, págs. 369-370.

incorporando una respuesta que, además, habría estado en consonancia con las soluciones previstas en el Derecho comparado.

i).- La interpretación doctrinal.

Desde el punto de vista doctrinal, las soluciones son múltiples y variadas. Así, un sector identificaba el silencio con la prohibición¹². De ahí que negara la posibilidad de admitir la tutela cautelar en nuestro sistema, con la única excepción del supuesto previsto en el art. 50 de la Ley de arbitraje. Esto es, las medidas adoptadas en vía de recurso contra el laudo. No obstante, consideraban imprescindible una reforma de la Ley de Arbitraje de 1988 que introdujera una regulación en la materia permitiendo su adopción en apoyo de un arbitraje comercial internacional en todas las fases del procedimiento¹³.

Otro grupo de autores, sin embargo, sostenía que el hecho de que no se hubiera incluido una norma en este sentido, no era óbice para interpretar que no se admitía la adopción de medidas cautelares al amparo de un arbitraje en nuestro sistema. Esto es, alegaban que la máxima "*inclusio unius, exclusio alterius*" no resultaba del todo adecuada en este caso¹⁴. Cabría suponer que, si no se incorporó una norma expresa fue porque tal vez se consideró que no era una cuestión que debía regular la Ley especial, sino que, por el contrario, se debía regir según los principios generales del sistema de justicia cautelar¹⁵. En definitiva, abogaban por la admisibilidad de las medidas cautelares en el arbitraje, a pesar del silencio de la Ley, acudiendo con carácter supletorio a la L.E.C.¹⁶.

¹² Vid. BARONA VILAR, S.: "Comentario a la AAPP de 25 de noviembre de 1994", R.C.E.A., vol. XI, 1995, págs. 291 y 292; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: Comentarios a la Ley de Arbitraje, coordinados por BERCOVITZ, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 758; VALLS GOMBAU, J.F.: "Las medidas cautelares reguladas en las Leyes especiales", Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., 1993, pág. 410; LORCA NAVARRETE, A.: Manual de Derecho de..., op. cit., págs. 795 y 796; CORDÓN MORENO, F.: El arbitraje en el derecho español, interno e internacional, Madrid, Aranzadi, 1995, pág. 135.

¹³ POCH SERRATS, F.: "Las medidas cautelares en el arbitraje", Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació Catalana per a l'Arbitratge, Butlletí nº 7, pág. 54; CUCARELLA GALIANA, L.A.: "Medidas cautelares previas al laudo arbitral: una revisión de la Jurisprudencia reciente", Trib. Jus., nº 3, marzo, 1997, pág. 315; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - ARTUCH IRIBERRI, E.: "Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de arbitraje, de 5 de diciembre, presentada por la Corte Española de Arbitraje", R.C.E.A., 1997, pág. 328.

¹⁴ MUÑOZ SABATÉ, L.: "Medidas cautelares ...", art. cit., págs. 199-202.

¹⁵ MUÑOZ SABATÉ, L.: "Medidas cautelares en ...", art. cit., pág. 201.

¹⁶ Vid por todos, RAMOS MÉNDEZ, F.: "La nuova disciplina dell'arbitrato in Spagna", Riv. Trim. Dir. Prov. Civ., 1990, pág. 248; MUÑOZ SABATÉ, L.: "Embargo preventivo y proceso arbitral. Comentario al auto de 12 de marzo de 1993 del juzgado nº 17 de Madrid, en relación con un proceso seguido ante el Tribunal Arbitral de Barcelona", Rev. Jur. Cat., 1993, págs. 803-805; CUCARELLA GALIANA, L.A.: "Medidas cautelares ...", art. cit., pág. 309; CREMADES, B.: "España estrena nueva Ley de arbitraje", La Ley, 1989-1, pág. 112.

Finalmente, otro sector doctrinal, encabezado por GARCIMARTÍN ALFÉREZ, apuntaba que la Ley de Arbitraje de 1988 no permitía expresamente la tutela cautelar, pero tampoco la prohibía. De ahí que, teniendo en cuenta que estamos ante una institución basada fundamentalmente en la autonomía de la voluntad de las partes, abogaron por la posibilidad de incluir una cláusula en el convenio arbitral facultando expresamente a los árbitros para la adopción de las medidas cautelares que estimaran oportunas¹⁷. De este modo, cuando las partes hubiesen manifestado su voluntad no habría duda en cuanto a su competencia. Pero, de *lege lata*, a falta de tal manifestación, la interpretación debía ser restrictiva excluyendo, pues, la competencia de los mismos¹⁸.

A pesar de que no existía impedimento legal alguno a la admisión de esta posibilidad, lo cierto es que en la práctica lo habitual es que las partes no se pronunciaran al respecto.

A pesar de esta disparidad de opiniones entre la doctrina, lo cierto es que todos coincidían en que la inadmisión de esta tutela cautelar significaría convertir al arbitraje en una vía de resolución de conflictos ineficaz en un gran número de casos. De hecho, ya se ha visto como la efectividad del procedimiento arbitral depende a menudo de la adopción de medidas cautelares. En efecto, “sostener la solución contraria en el caso español nos colocaría en una posición claramente opuesta a la de nuestro entorno”¹⁹. Y, a la vez supondría, como hemos visto, privar de eficacia en muchas ocasiones al procedimiento arbitral.

De ahí que de forma casi unánime todos reclamaban una reforma legal que aportara seguridad jurídica a los operadores del comercio internacional y pusiera fin, de una vez por todas, a la incertidumbre existente.

ii).- La interpretación jurisprudencial.

Desde el punto de vista jurisprudencial, este vacío legal ha llevado a que en España no pueda hablarse de una práctica uniforme, sino más bien todo lo contrario, en cuanto que el escasísimo número de resoluciones existente en la materia muestra un carácter altamente contradictorio²⁰. Así, los tribunales

¹⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional, Madrid, McGrawhill, 1996, pág. 186.

¹⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: El régimen de..., op.cit, pág. 185. LORCA NAVARRETE, A.M.: Manual de Derecho ..., op. cit., pág. 145.

¹⁹ CUCARELLA GALIANA, L.A.: “Medidas cautelares ...”, art. cit, pág. 313.

²⁰ Así, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª) de 25 de noviembre de 1994, R.G.D., 1995, nº 605, págs. 5702-5703 y R.C.E.A., 1995, págs. 289-292 con la nota de BARONA VILAR, S.; el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección

también han interpretado en diferentes ocasiones, no sólo el silencio de la Ley de arbitraje de 1988, sino también el sentido del citado art. 50 de la misma y, en general, las soluciones que proporcionan sobre el particular se caracterizan por su irregularidad. De esta suerte, se cruzaría una posición mayoritaria favorable²¹ a la concesión de la tutela cautelar solicitada a pesar del vacío legal, con otra que se negaba a concederla²².

Esta dualidad de interpretaciones contrapuestas daba lugar a situaciones totalmente injustas y, además, provocaba una enorme inseguridad jurídica en los operadores del comercio internacional. Ello se debía, fundamentalmente a que ante situaciones prácticamente idénticas, en unos casos se acordaba la adopción de medidas cautelares ante la jurisdicción, mientras que en otros era rechazada sin más. En éste último caso, aun cuando la denegación de la medida cautelar se recurría en apelación, en la mayoría de los casos el recurso se resolvía una vez se había dictado el laudo arbitral, dada la lentitud de la

16ª) de 21 de julio de 1992, R.G.D., 1993, nº 582, págs. 21340-2141; Auto AP de Oviedo (sección 5ª), de 19 de febrero de 1993; el Auto de la Audiencia provincial de Cádiz de 12 de junio de 1992, R.C.E.A., 1992, pp. 221 y ss; Sent. AP de Oviedo, de 28 de abril de 1992, R.J. Asturias, 1993, nº 16, págs. 397-399; Sent. TS, de 14 de mayo de 1992, R.A., 1992, págs. 5458-5460.

²¹ El Auto A.P. de Barcelona (sección 16), de 25 de enero de 1994, al interpretar el sistema español de medidas cautelares contenido en la Ley de Arbitraje de 1988, afirma que puesto que "no existe prohibición legal expresa a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en nuestra Ley de arbitraje nada impide que se ordenen"; el Auto AP de Barcelona (sección 16), de 25 de noviembre de 1994 afirma la validez de la medida cautelar adoptada, R.G.D. 1995, nº 605, págs. 5702-5703 y R.C.E.A., 1995, págs. 289-292, con la nota de BARONA VILAR, S; Auto A.P. de Cádiz, de 12 de junio de 1992, R.C.E.A., 1992, pág. 221. El Auto de la A.P. de Barcelona de 25 de noviembre de 1994, así como también en el mismo sentido encontramos el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 12 de junio de 1992. En ambos y en relación a la solicitud de medidas cautelares ante los jueces en apoyo de arbitrajes internos, el juez decide concederlas por analogía con la solución existente en el ámbito internacional. A tal efecto, el órgano jurisdiccional se apoya erróneamente en lo dispuesto en el artículo VI.4 del Convenio de Ginebra de 1961. Partiendo de la admisión de la tutela cautelar en función del arbitraje en el plano internacional, traslada esta misma solución al plano interno; Auto A.P. de Barcelona (sección 16), de 21 de julio de 1992, R.G.D., 1993, nº 582, págs. 21340-21341; Sent. T.S., de 14 de mayo de 1992, R.A., 1992, pág. 4124; Sent. A.P de Oviedo (sección 5ª), de 28 de abril de 1992, en este caso, sostiene el Tribunal que el inicio o pendencia de un proceso arbitral es suficiente para poder ordenar un embargo preventivo; R.J. Asturias, 1993, nº 16, pág. 4124; el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 19 de marzo de 1993 sostiene que, si está fuera de toda duda que "se precisa la intervención judicial tanto para la ejecución del laudo, como para la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento del laudo impugnado, nada debe impedir que tales medidas, y con la misma finalidad, puedan adoptarse antes de que aquél se emita (...)".

²² El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), de 25 de mayo de 1994, declaró la nulidad de un embargo preventivo como medida de protección previa a un proceso arbitral. El Tribunal llega a esa conclusión al realizar una interpretación estricta del tenor literal de la Ley de arbitraje que, en efecto no permite expresamente la adopción de medidas cautelares ni durante el procedimiento arbitral ni en una fase posterior, sino tan sólo durante la pendencia del recurso de anulación contra el laudo arbitral; Auto AP de Barcelona (sección 12ª), de 2 de septiembre de 1990, en R.G.D., 1991, págs. 1824-1829, establece que "únicamente cabrá acordar medidas cautelares para garantizar la ejecución de una sentencia, pero no la de un laudo arbitral". En otros casos, la reticencia de los jueces en la adopción de medidas cautelares respecto un arbitraje se manifiesta a través de la interposición de obstáculos procesales.

justicia estatal. Y, en ese momento, la medida cautelar solicitada carecía de sentido, por cuanto que el daño que se pretendía evitar con ella seguramente ya se había producido. De este modo, la parte solicitante de la medida quedaba en la más absoluta indefensión.

Así lo admitió expresamente la Audiencia Provincial de Barcelona en el Auto de 25 de noviembre de 1994²³. Con ocasión de un procedimiento arbitral, una de las partes solicitó ante la jurisdicción estatal la adopción de un embargo preventivo, medida que fue denegada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona. A continuación, la parte recurrió dicha decisión ante la Audiencia Provincial alegando los mismos motivos que en Primera Instancia. Sin embargo, en el momento de celebración de la vista del recurso, ya se había dictado el correspondiente laudo arbitral y, por tanto, dejaban de ser necesarias por haberse producido el perjuicio, irreparable que se trataba de impedir.

El Tribunal era consciente de que dadas las circunstancias del caso y la lentitud del sistema procesal vigente, la mayor parte de los recursos que se formularan sobre esta cuestión estarían en esta misma situación. Ante este panorama, no es de extrañar que el recurso al arbitraje como método de resolución de controversias en España tuviera poca aceptación en la práctica. La incertidumbre que generaba esta situación alentaba a las partes a huir de España en busca de una normativa que salvaguardase mejor sus intereses más legítimos.

Este carácter tan controvertido que tenía en España la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el curso de un procedimiento arbitral chocaba con la tendencia seguida por prácticamente la totalidad de los sistemas de Derecho comparado, así como con los Reglamentos de las Instituciones de arbitraje más solventes y utilizadas. Prácticamente en todos ellos se admitía sin reservas la posibilidad de ordenar medidas de protección en vía arbitral.

Esta admisión generalizada en los sistemas de nuestro entorno reforzaba todavía más, si cabe, la idea de la necesidad de cambio en nuestro sistema. Y, sin duda, el colofón fue el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la conocida sentencia en el asunto *Van Uden* donde se afirma la posibilidad de adoptar medidas cautelares para garantizar la efectividad de un laudo arbitral²⁴.

²³ Auto AP de Barcelona, de 25 de noviembre de 1994, Rev. Vas. Der. Pr. Arb., 1, 1996, págs. 313 y 314.

²⁴ Sentencia del TJCE de 27 de noviembre de 1998 en el asunto C-391/95 *Van Uden Maritime B.V.v. Deco Line y otros*, R.C.E.A., 1998, pp. 91 y ss; Rev. Arb., 1999, nº 1, pp.151 y ss.

Finalmente, la jurisprudencia española se hizo eco de esta tendencia generalizada y afortunadamente en los últimos seis años ha pasado a ser más uniforme en sus decisiones. Así, a pesar de la ausencia de una normativa expresa que atribuyera la competencia a los jueces en materia cautelar en apoyo de un arbitraje, la jurisprudencia más reciente ya se muestra más acorde con las soluciones de Derecho comparado definiéndose mayoritariamente en un sentido positivo, es decir, abogando por su admisión. De este modo, estima competentes a los jueces españoles para la adopción de medidas cautelares en el curso de un proceso arbitral con independencia de que el procedimiento se estuviese desarrollando en el extranjero.

Un primer ejemplo de esta nueva línea jurisprudencial lo encontramos en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 14ª) de 8 de marzo de 1999²⁵ donde se afirma que los árbitros no pueden adoptar dichas cautelas, si bien añade que nada impide que éstas sean adoptadas por un juez. Unos meses más tarde el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, se pronuncia con toda claridad en el Auto de 20 de junio de 1999²⁶ admitiendo la posibilidad de solicitar la tutela cautelar de los jueces respecto de un proceso arbitral sin plantearse obstáculo alguno.

La argumentación del tribunal en ambos casos se apoyaba en el hecho de que la adopción de las medidas cautelares, tanto antes como durante el arbitraje, se dirigen a asegurar el cumplimiento del laudo. Por tanto, no tendría sentido admitirlas con posterioridad para asegurar la efectividad de la decisión arbitral final e impedir las antes puesto que todas persiguen, en definitiva, el mismo objetivo²⁷.

Sin duda alguna, la práctica venía reclamando desde antaño una reforma en la Ley de Arbitraje de 1988. Resultaba imprescindible admitir de forma expresa lo que ya empezaba a ser una práctica habitual, porque el vacío legal había generado demasiada desconfianza entre los comerciantes. Situación ésta que había contribuido también a evitar que el fenómeno del arbitraje se desarrollase en España.

En definitiva, la necesidad de una reforma urgente de la Ley española de arbitraje de 1988 se hizo patente al poco tiempo de su promulgación y llevó

²⁵ El Derecho, rec. 937/1997.

²⁶ Auto JPI núm. 69 de Madrid, de 20 de junio de 1999, inédito, Vid., el comentario que del mismo realiza ARTUCH IRIBERRI, E.: "La adopción de ...", art. cit., pág. 149.

²⁷ CUCARELLA GALIANA, L.A.: "Medidas cautelares ...", art. cit, pág. 314.

en el año 1996 a que la Corte de Arbitraje Española elaborara un proyecto de reforma que no llegó a aprobarse²⁸.

3.2. La regulación prevista en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El 9 de enero de 2001 entró en vigor la nueva Ley de enjuiciamiento civil. Este texto supone importantes cambios en la materia que nos ocupa, no sólo respecto de las soluciones contenidas en la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, sino también en relación a la Ley de arbitraje de 1988. La reforma introducida modifica sustancialmente el modelo cautelar español, en cuanto que se introduce, por vez primera en nuestro sistema, una norma expresa diseñada para el ámbito arbitral. Entre otros objetivos, el legislador quiso poner fin a la controvertida cuestión relativa a la admisibilidad, o no, de las medidas de aseguramiento en apoyo de un arbitraje en nuestro sistema. O mejor, reconocer expresamente lo que ya empezaba a ser un sentir general y una práctica habitual entre la jurisprudencia. Se dotaba así de mayor seguridad jurídica a esta institución como mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Esta regulación se incardina en el Libro Tercero de la LEC, de los cuatro que la componen, bajo la rúbrica “de la ejecución forzosa y de las medidas cautelares”. Este libro, a su vez, consta de seis Títulos. El VI y último es el que con el encabezamiento “de las medidas cautelares” se dedica a esta cuestión. Concretamente, la nueva solución se recoge en el artículo 722²⁹. Del tenor de

28 Vid. la propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de arbitraje, de 5 de diciembre, presentada por la Corte Española de Arbitraje, en R.C.E.A., 1997, págs. 309 y ss. Vid., asimismo, el comentario realizado a la misma por FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - ARTUCH IRIBERRI, E.: “Propuesta de reforma...”, art. cit., págs. 303-357. Esta propuesta de reforma proponía, entre otras cosas, la introducción de una regulación específica en el artículo 44 para las medidas de protección asociadas a un arbitraje. La idea fundamental que inspiraba esta modificación era la de colaboración entre las instancias judicial y arbitral. El contenido del artículo 44 quedaba del siguiente modo: “1. Las partes en un arbitraje pueden solicitar medidas cautelares ante los jueces y tribunales, para el aseguramiento de los bienes objeto del litigio. En la decisión acerca de la medida los jueces aplicarán las normas vigentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. La solicitud de medidas cautelares ante el juez por una parte en un procedimiento arbitral no se considerará renuncia a la eficacia del convenio de arbitraje. 3. Podrán las partes, de común acuerdo, someterse a las medidas cautelares que dicten los árbitros en el curso del procedimiento arbitral”. Con este precepto se pretendía poner fin a la incertidumbre jurídica provocada por la ausencia de regulación en nuestro sistema de arbitraje. Así, por un lado, se atribuía competencia tanto a los jueces como a los árbitros en materia cautelar respecto de cualquier fase del procedimiento. Y, por otro, se declaraba la compatibilidad entre un convenio arbitral y la solicitud de medidas cautelares ante los jueces. Finalmente, este proyecto modificación de la Ley de arbitraje española de 1988 no llegó a aprobarse.

29 Artículo 722 de la L.E.C.: “Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento.

la norma se deducen varias cuestiones de interés.

En primer lugar, que el conocimiento del asunto en cuanto al fondo por parte de los árbitros es suficiente para garantizar la obtención de una medida de carácter provisional³⁰. Ahora bien, la posibilidad de solicitar una medida de este tipo queda supeditada a que se “*acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento*”. En definitiva, basta probar de algún modo que se interviene en un proceso arbitral.

Este precepto no deja de ser digno de alabanza, pues ya no cabe la menor duda de la admisión de la tutela cautelar, a pesar de la existencia de una cláusula arbitral. Dicho de otro modo, se reconoce expresamente la compatibilidad entre la existencia de un procedimiento arbitral y la solicitud de medidas cautelares ante los jueces.

Afortunadamente, se pone fin -de una vez por todas- a la inseguridad jurídica de las partes que opten por recurrir al arbitraje en España. Baste recordar el carácter tan contradictorio de la jurisprudencia y de la doctrina debido al silencio de la normativa anterior. Asimismo, queda patente la necesaria colaboración entre los jueces y los árbitros, a fin de que el arbitraje constituya una vía de resolución de conflictos plenamente eficaz.

El efecto de esta nueva norma se manifiesta de inmediato en la práctica ya que la jurisprudencia posterior a la entrada en vigor de la LEC no duda en ordenar medidas cautelares aun cuando se trate de un procedimiento arbitral seguido en el extranjero³¹.

En segundo lugar, el párrafo 1º del art. 722 establece que la competencia para la adopción de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje corresponde a la jurisdicción estatal, no en vano dispone que “*podrá pedir al tribunal*

Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en un país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles”.

³⁰ ARTUCH IRIBERRI, E.: “La reforma del artículo 11 de la Ley 36/1988 Disposición final octava de la ley 1/2000, de 7 de enero de enjuiciamiento Civil”, texto de la ponencia pronunciada en Aranjuez el 19 de enero de 2001, con ocasión de las Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado.

³¹ AP Cádiz, sec. 7ª, A de 22 de abril de 2002, nº 234/2002, rec. 181/2002, El Derecho, EDJ 2002/43037.

medidas cautelares quien (...)". Los jueces serán los únicos legitimados a tenor de disposición para conceder una medida de aseguramiento.

A pesar de que hemos de valorar positivamente la introducción de esta norma, no está exenta de críticas. Así, por ejemplo, guarda silencio acerca de la posible competencia de los árbitros para ordenar medidas de este tipo, ¿significa ello que los árbitros que en realidad son quienes están conociendo del fondo del asunto carecen de poder para adoptar medidas cautelares? Es criticable la falta de legitimación de los árbitros a tal efecto, sobre todo teniendo presente que la inmensa mayoría de los sistemas estatales, así como Reglamentos institucionales de arbitraje optan por una competencia concurrente de ambos órganos en materia cautelar. Este silencio respecto a la competencia de los árbitros llama todavía más la atención si se tiene en cuenta que en el seno de la UNCITRAL está concluida una reforma en la Ley modelo de arbitraje de 1985³² precisamente con el objeto de atribuir competencia a los árbitros para la adopción de medidas de protección. Habría sido deseable que se hubiera hecho eco de esta nueva realidad.

Uno de los argumentos en que se apoyó el legislador para declarar a los jueces como los únicos órganos competentes en materia cautelar refiere a la falta de poder coercitivo de los árbitros. Sin duda, esta circunstancia obligaría a acudir siempre ante las autoridades judiciales para que las ejecutaran ante el incumplimiento de la parte afectada. Ante esta situación, entenderían que los jueces no las ejecutarían directamente, sino que procederían a examinar la concurrencia de los presupuestos de la tutela cautelar, lo que a su juicio implicaría duplicar esta tarea. O, al menos entienden que resultaría muy complicado concretar los límites a que estarían sometidos los jueces al realizar tal examen³³.

Todos estos inconvenientes desaparecerían si a las decisiones de los árbitros en materia cautelar se les otorgara el mismo tratamiento que a los laudos arbitrales que ponen fin al conflicto. Esta es precisamente la línea seguida por la UNCITRAL en la reforma que ha concluido recientemente y que en parte ha incorporado la Ley 60/2003, de arbitraje³⁴.

³² Vid. el texto completo de la reforma en A/CN.9/WG.II/WP.141, Documento presentado por el Grupo de Trabajo II en materia de arbitraje en el 44º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL), celebrada en Nueva York, del 23-27 de enero de 2006.

³³ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: "Comentario al artículo 722 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil CORDÓN MORENO, F. y otros: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Vol. II, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 664.

³⁴ Esta solución se ha incorporado en el párrafo 2º de la Ley 60/200, de 23 de diciembre, de Arbitraje del siguiente modo: "A las decisiones de arbitrales sobre medidas cautelares,

En tercer lugar, de la lectura conjunta de los párrafos 1º, 2º y 4º del art. 730 de la LEC se extrae claramente la posibilidad de ordenarlas, no sólo durante el desarrollo del arbitraje y una vez pendiente el recurso contra el laudo, sino también con anterioridad a su inicio. En los dos primeros casos, su concesión está condicionada a que *“la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos”*. Sin embargo, en el último supuesto quedan supeditadas a que *“quien en ese momento las pida alegue y acredite razones de urgencia o necesidad”*³⁵. De esta forma se cubre una importante laguna legal que tantos problemas había planteado en la práctica, como se ha visto. En efecto, con anterioridad a esta Ley tan sólo se admitían las medidas cautelares una vez dictado el laudo arbitral siempre que hubiera sido recurrido en anulación, a tenor de lo previsto en el artículo 50 de la Ley de arbitraje de 1988. Sin embargo, ahora se admiten en todas las fases del procedimiento arbitral, esto es, antes, durante y después. Esto ha supuesto un gran avance, puesto que en un gran número de casos la necesidad de una medida de este tipo surgía antes de iniciarse el procedimiento arbitral.

Es de señalar que la LEC no menciona las medidas postarbitrales, esto es, aquellas que se solicitan cuando el laudo se ha dictado pero no ha sido recurrido. Entendemos que este silencio ha sido intencionado. Quizás con ello el legislador ha querido poner de manifiesto que una vez se ha emitido la decisión arbitral lo procedente es ejecutarla provisionalmente, pero no adoptar cautelas³⁶.

En cuarto y último lugar, tal y como se configura el sistema, la solicitud de auxilio jurisdiccional en apoyo de un arbitraje es factible, tanto si se trata de un proceso arbitral pendiente en España como en el extranjero³⁷. Sin embargo, los condicionantes exigidos en una hipótesis y en la otra no son iguales. Veamos cuáles son las dos posibilidades que se prevén en la legislación arbitral española para el solicitante de medidas cautelares en relación a un arbitraje, según el procedimiento arbitral se esté desarrollando en España o en el extranjero.

A) Cuando se trate de solicitar colaboración judicial para la adopción de medidas de protección en apoyo de un arbitraje interno, únicamente se exige al solicitante que acredite *“ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial (...); o, en el*

cualquiera que sea la forma que revistan les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos”.

³⁵ Párrafo 2º del artículo 730 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil

³⁶ LOPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A.: “Medidas cautelares en arbitraje...”art. cit., pág. 2.

³⁷ Esta posibilidad se recoge en el párrafo 2º del artículo 722 de la LEC.

*supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento*³⁸. En este caso, la Ley no impone ningún tipo de restricción ni requisito adicional, basta probar la participación en un proceso arbitral celebrado en España para poder solicitar la asistencia de los jueces españoles.

B) Asimismo, podrá solicitar auxilio a los tribunales españoles “(...) *quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero (...)*”³⁹. Sin embargo, cuando la petición de cooperación judicial refiere a un arbitraje celebrado en el extranjero se imponen condiciones mucho más gravosas que respecto de un arbitraje celebrado en España. De hecho, los jueces españoles podrán cooperar con el arbitraje celebrado en el extranjero únicamente “(...) *en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles*”⁴⁰.

Deben señalarse varias cuestiones de interés. Por un lado, que el legislador parece asimilar totalmente el proceso arbitral celebrado en el extranjero a la jurisdicción extranjera⁴¹. Esto es, da un tratamiento idéntico cuando se trata de solicitar la colaboración judicial en materia cautelar, ya sea en apoyo de un procedimiento judicial o arbitral celebrados fuera de España. Esta equiparación afecta negativamente al arbitraje en nuestro país, porque excluirá en muchos casos el auxilio de los jueces españoles en materia cautelar respecto de un procedimiento arbitral celebrado fuera de España. Sin embargo, curiosamente tal asimilación no se produce respecto de un arbitraje celebrado en España.

En efecto, a tenor de lo dispuesto en el art. 722.2º, se deduce que se denegará la colaboración judicial cuando el arbitraje celebrado en el extranjero verse sobre alguna materia que sea competencia exclusiva de la jurisdicción española.

Para ver este efecto nocivo resulta necesario señalar, tal y como afirma ARTUCH IRIBERRI, que la arbitrabilidad de una materia no se ve afectada por el mero hecho de tratarse de una competencia exclusiva⁴². Esto es, que algunas materias que son competencia exclusiva de la jurisdicción estatal son, sin embargo, susceptibles de ser sometidas a arbitraje. El elemento determinante

³⁸ Párrafo 1º del artículo 722 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

³⁹ Párrafo 2º del artículo 722 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

⁴⁰ Artículo 722.2 in fine de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

⁴¹ ARTUCH IRIBERRI, E.: “La reforma del ...”, art. cit., pág. 207.

⁴² ARTUCH IRIBERRI, E.: “La reforma del ...”, art. cit., pág. 210.

del carácter arbitrable de una materia consiste en que estemos ante un sector incluido dentro de la esfera de la libre disposición de las partes⁴³. Aunque resulte paradójico, es de destacar que, alguna de las materias disponibles se configuran como competencias exclusivas de la jurisdicción estatal. Esto es precisamente lo que ocurre con la impugnación de los acuerdos societarios de personas jurídicas, materia sobre la que se atribuye la competencia, con carácter exclusivo, a los órganos jurisdiccionales del lugar donde estén domiciliadas⁴⁴ o con los contratos de arrendamientos sobre bienes inmuebles⁴⁵ cuya competencia se atribuye a los jueces del país donde radique dicho bien. Sin embargo, nada impide la celebración de un arbitraje en el extranjero relativo a un contrato de arrendamiento sobre un bien inmueble situado en España o sobre la impugnación de un acuerdo de una sociedad domiciliada en España. En efecto, tal y como afirma ARTUCH IRIBERRI “el arbitraje societario es una realidad actual, no potencial, desde la Sentencia del T.S. de 18 de abril de 1998 que recordaba la disponibilidad para los socios acerca de los acuerdos sociales, dado su carácter negocial”⁴⁶.

En un supuesto de este tipo, si se plantease la necesidad de adoptar una medida cautelar por parte de los jueces españoles éstos se negarían a adoptarlas por tratarse de una competencia exclusiva de la jurisdicción española. Ahora bien, paradójicamente y aquí viene lo sorprendente del caso, si ese mismo arbitraje se desarrollase en España, nada impediría esta intervención judicial.

De todo ello resulta que, respecto de un arbitraje cuya sede radica en otro país, aunque todos o la mayoría de los elementos de la relación estén vinculados a España no podrá solicitarse el auxilio de la jurisdicción española en materia cautelar, cuando verse sobre una de las competencias exclusivas de la jurisdicción española. Y todo ello con independencia de que estemos ante una materia perfectamente arbitrable. Así se desprende, como terminamos de ver, del párrafo 2º del artículo 722 de la L.E.C. En definitiva, el carácter exclusivo de la materia actuará como límite a la colaboración jurisdiccional en el arbitraje extranjero.

⁴³ El artículo 2º de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje determina las materias que son susceptibles de ser sometidas a arbitraje de la siguiente forma: “Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”.

⁴⁴ Artículo 22.3º del Reglamento 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, (DOCE núm. L12, de 16 de enero de 2001).

⁴⁵ Artículo 22.1º del Reglamento 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, (DOCE núm. L12, de 16 de enero de 2001).

⁴⁶ ARTUCH IRIBERRI, E.: “La reforma del ...”, art. cit., pág. 209.

Sin embargo, esta limitación no existe cuando ese mismo arbitraje se celebre en España, incluso cuando todos los elementos de la relación estén vinculados a terceros países. Es decir, que en este caso el hecho de tratarse de una de las competencias atribuidas con carácter exclusivo a nuestra jurisdicción no impediría que los jueces colaborasen en la adopción de medidas cautelares respecto de un procedimiento arbitral celebrado en España. En consecuencia, el único límite que existe al auxilio judicial en materia cautelar cuando el arbitraje se celebra en España es la arbitrabilidad de la controversia.

El arbitraje desarrollado en el extranjero se sitúa, de este modo, en clara desventaja. Puede pensarse que el legislador está tratando de favorecer y potenciar el arbitraje con sede en nuestro país frente al celebrado en el extranjero.

La única manera de dotar de eficacia al artículo 722.II de la LEC a juicio de BARONA VILAR es entendiendo que “la remisión a la competencia exclusiva es radicalmente errónea” y tal referencia “debería interpretarse en el sentido de afectar a una materia que sea susceptible de ser sometida a arbitraje”⁴⁷.

Con independencia del momento procesal en el que se insten las medidas de protección, lo cierto es que el solicitante deberá acreditar necesariamente el cumplimiento de los requisitos del artículo 728 párr. 1, 2 y 3 de la L.E.C. Esto es, probar la concurrencia del *periculum in mora*, *el fumus boni iuris* y depositar una caución o fianza. El cumplimiento de los dos primeros resulta imprescindible, si bien, la necesidad de depositar una caución parece dejarse a discreción del juez, ya que se establece que deberá prestarse esta fianza “(...) *salvo que expresamente se disponga otra cosa (...)*”. Entendemos que será el juez quien, en atención a las circunstancias concretas del caso, podrá eximir a la parte solicitante de prestar dicha caución.

Cuando estas medidas sean solicitadas en la fase previa, esto es, antes del inicio de las actuaciones arbitrales, el artículo 730.3º exige que una vez concedida “*la parte beneficiada por ésta [la medida]*”⁴⁸ *lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral*”, so pena de quedar sin efecto. No deja de sorprender el hecho de que no se imponga al solicitante ningún plazo concreto en el que tenga que iniciar el procedimiento arbitral una vez acordada la medida⁴⁹. Sin embargo, teniendo en cuenta que

⁴⁷ BARONA VILAR, S.: Medidas cautelares en el arbitraje, Navarra, Civitas, 2006, pp. 143 y 144.

⁴⁸ El énfasis es nuestro.

⁴⁹ El artículo 730 párrafo 3º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil dispone: “El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización

cuando estas medidas se solicitan al amparo de un procedimiento judicial su mantenimiento se hace depender de que “*la demanda se presente ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquellas en los 20 días siguientes a su adopción*”⁵⁰. A pesar de que indiscutiblemente no actúa este período de 20 días en el ámbito arbitral, debemos interpretar por analogía que en el caso del arbitraje deberá iniciarse en el plazo más breve posible y, en todo caso, no superar un plazo muy superior a los 20 días.

3.3. Las novedades introducidas por la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre y análisis comparativo con la Ley boliviana de arbitraje de 1997.

Los diferentes fracasos en el intento de modernizar la legislación española en materia de arbitraje condujeron a la creación de una Comisión con el objeto de modificar de una vez por todas la Ley 36/1988 que tantas críticas había recibido.

La conveniencia de una reforma se hizo patente ya desde la misma promulgación de la Ley de arbitraje de 1988, como se ha visto. Sin embargo, con la nueva L.E.C. la necesidad se hace todavía más evidente. Ello se debe a que la regulación introducida en la LEC chocaba con lo dispuesto en la Ley de arbitraje de 1988 produciéndose desajustes importantes. Surgía la necesidad de reformar la Ley de arbitraje para establecer un régimen coherente entre ambos textos.

En este sentido, la LEC admite expresamente la posibilidad de adoptar medidas de protección al amparo de un procedimiento arbitral en cualquiera de las fases del procedimiento. Por el contrario, la Ley de arbitraje de 1988 únicamente permitía de forma expresa en su artículo 50 las medidas cautelares en vía de recurso de anulación contra el laudo. Es por ello que resultaba absolutamente necesario que se modificara la Ley de arbitraje con el fin de que existiera coherencia entre ambos textos. Sobre todo, a efectos de evitar los problemas de inseguridad jurídica que generaba en la práctica el hecho de que existieran dos regímenes jurídicos aplicables con regulaciones divergentes⁵¹.

Finalmente, el 23 de diciembre se aprueba la Ley, 60/2003 de Arbitraje⁵²

judicial del arbitraje o de arbitraje institucional”.

⁵⁰ Artículo 730 párrafo 2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁵¹ MARTÍNEZ GARCÍA, E.: El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 211.

⁵² B.O.E. nº 309 de 26 de diciembre de 2003.

-en adelante LA-. Esta nueva Ley deroga expresamente la anterior⁵³ y entró en vigor el 26 de marzo de 2004⁵⁴. Esta LA ha supuesto un importante avance en materia de medidas cautelares. En este sentido, se inspira directamente en la Ley modelo UNCITRAL de 1985. De este modo se pretende conseguir una armonía de soluciones con el resto de sistemas de Derecho comparado, puesto que un número importante de países ha seguido las pautas de la Ley modelo. Asimismo, es de señalar que la Ley boliviana de arbitraje y conciliación de 1997 se ha inspirado en la citada Ley⁵⁵. No obstante, la nuestra es, incluso, más ambiciosa que la propia Ley modelo por cuanto que resulta de aplicación tanto a los arbitrajes internos como a los internacionales. Esto es precisamente lo que hizo en su momento la Ley alemana de arbitraje de 1998⁵⁶. Además, también quiere abarcar los arbitrajes en materia de consumo, de arrendamientos, etc⁵⁷.

La regulación de la materia que aquí nos ocupa se contiene en sus artículos 23 y 11.3, tal y como a continuación se analiza. Es de señalar que estos preceptos incorporan la misma solución y, además, casi en términos idénticos a los previstos en la Ley modelo UNCITRAL de 1985. De manera que se ha seguido fielmente los mandatos de la fuente en la que se inspira. Así, al igual que la Ley modelo -y a diferencia de la LEC 1/2000- opta por atribuir competencia a los árbitros en materia cautelar complementando así el silencio de la LEC. Recordemos que ésta era precisamente una de las cuestiones que se había echado en falta en ésta última. No es de extrañar que la nueva Ley de arbitraje haya venido a colmar este vacío legal.

Esta posibilidad se contiene en el art. 23 donde se permite que los árbitros adopten a instancia de cualquiera de las partes “(...) *las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. (Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante)*”. Esta norma reconoce expresamente y por primera vez en nuestro país el poder de los árbitros para adoptar las medidas cautelares que estimen oportunas. Ahora bien, la competencia de los órganos arbitrales no es absoluta sino que está doblemente limitada. En efecto, por un lado, los árbitros no podrán adoptar cualquier medida cautelar, sino que

⁵³ Disposición derogatoria única de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

⁵⁴ Disposición final tercera de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje.

⁵⁵ La Ley nº 1770, de Arbitraje y Conciliación, de 10 de marzo de 1997, de Bolivia se ha basado en la Ley modelo UNCITRAL de 1985 como la mayoría de las Leyes de arbitraje. Si bien es cierto que no podemos hablar de una copia literal de la misma como ha ocurrido en otros muchos casos, sino que le ha servido de fuente de inspiración.

⁵⁶ LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: “Comentario a la Ley alemana de arbitraje de 1 de enero de 1998”, R.E.D.I., 1998, vol. 2, págs. 312-317.

⁵⁷ ESPINOSA CALABUIG, R.: “Nuevas perspectivas para el arbitraje en Europa”, Ponencia presentada en el Fórum Brasil-Europa 2002, del 21 al 23 de noviembre de 2002, Florianópolis (Brasil).

ésta debe versar necesariamente sobre “(...) *el objeto del litigio* (...)”. Y, por otro lado, es de señalar que no se trata de un poder inherente de los árbitros sino que permite un “(...) *acuerdo en contrario de las partes* (...)”. Así, se prevé la posibilidad de que las partes les priven de esta competencia previo acuerdo mutuo. Pero, en caso de silencio de las partes se entiende que gozan de legitimación para su adopción.

En esta misma línea se muestra la Ley boliviana de arbitraje en cuanto que prevé igualmente la competencia a los tribunales arbitrales para ordenar las medidas precautorias que estime necesarias limitadas también al objeto del litigio y admitiendo un acuerdo en contrario de las partes⁵⁸.

Este reconocimiento no implica, empero, que el tribunal arbitral pueda actuar de oficio, puesto que rige el principio de justicia rogada según el cual los árbitros actuarán necesariamente a instancia de parte interesada y así lo exige expresamente el citado precepto. Este principio se mantiene en la Ley boliviana de arbitraje donde se exige que la medida sea solicitada a petición de una de las partes.

El último inciso es una novedad que no se contempla en la Ley modelo. Así, faculta al tribunal arbitral para que pueda solicitar la caución que estime necesaria. Pero, no le impone la obligación de exigirla, si no que en atención a las circunstancias del caso deberá valorar su necesidad. En realidad, esta misma posibilidad ya se recoge en la LEC para el supuesto en que sean los jueces quienes las adopten. De ahí que tal vez no hubiera sido necesaria su inclusión, ya que en lo no previsto en esta Ley especial se aplica el régimen general de la LEC. En consecuencia, también se condicionará la concesión de las medidas acordadas por los árbitros a la concurrencia del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*⁵⁹.

Siguiendo la misma línea que la Ley española de arbitraje, la Ley boliviana prevé la posibilidad de solicitar “*una contracautela adecuada*” a la parte que solicite la medida con el objeto de garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios que la haya podido ocasionar al sujeto pasivo de la medida en caso de que se demuestre *a posteriori* que tal medida no debería haberse adoptado⁶⁰.

⁵⁸ El art. 35.1 de la Ley nº 1770, de Conciliación y Arbitraje, de 10 de marzo de 1997 de Bolivia dispone casi en idénticos términos que la ley modelo: “Salvo acuerdo en contrario de partes y a petición de una de ellas, el tribunal arbitral podrá ordenar las medidas precautorias que estime necesarias, respecto del objeto de la controversia”.

⁵⁹ Artículo 728 apartados 1, 2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

⁶⁰ El art. 35.2º de la Ley nº 1770, de Conciliación y Arbitraje, de 10 de marzo de 1997 de Bolivia establece: “El tribunal arbitral podrá exigir a la parte que solicite la medida precautoria una contracautela adecuada, a fin de asegurar la indemnización de daños y perjuicios en favor de la parte contraria para el caso que la pretensión se declare infundada”.

Esta atribución de competencia a los órganos arbitrales ha de ser valorada positivamente porque, por un lado constituye la tendencia seguida en la inmensa mayoría de los sistemas estatales e institucionales de arbitraje más utilizados en la práctica. Y, por otra parte existen poderosas razones que abogan por la conveniencia de concederles tal competencia. A título de ejemplo, baste citar el hecho de que los árbitros son quienes están en mejores condiciones de decidir acerca de la necesidad o no de adoptar una concreta medida de protección por ser quienes están conociendo del fondo del asunto. En consecuencia, también podrán actuar con mayor rapidez. No olvidemos que la rapidez es un elemento esencial en este ámbito. No obstante, es cierto que también plantea inconvenientes sobre todo en cuanto a la eficacia de tales medidas. En efecto, los árbitros carecen de poder coercitivo. De ahí que, en caso de incumplimiento carecen de mecanismos para hacer cumplir por la fuerza la tutela decretada. Es por ello que la ejecución de las mismas, en caso de reticencia corresponderá siempre y en todo caso a los órganos jurisdiccionales. Se potencia de este modo el carácter complementario de ambas instituciones.

Digno de mención resulta el 2º y último párrafo del artículo 23 donde declara su aplicación “*A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan*”, *les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos*”. Este precepto constituye una novedad importantísima ya que recoge las últimas modificaciones introducidas en el nuevo artículo 17 de la Ley modelo UNCITRAL. Así, parece que el artículo 23 muy acertadamente a nuestro juicio reconoce la misma naturaleza ejecutiva a las decisiones de los árbitros en materia cautelar que a los laudos finales. Probablemente sea de los primeros sistemas estatales de arbitraje que recoja esta novedad. Largo y tendido se ha escrito en torno a la ejecución de las medidas cautelares ordenadas por los árbitros. El problema que plantea este tipo de decisiones radica en que no constituyen un título directamente ejecutable en la mayor parte de los sistemas. Esta circunstancia hace muy difícil, por no decir imposible, su ejecución en caso de incumplimiento voluntario.

Consciente de este problema la UNCITRAL termina de concluir una reforma del artículo 17 de la Ley modelo de 1985⁶¹. Esta reforma consiste precisamente en la atribución del carácter de título ejecutivo a las decisiones de los árbitros en materia cautelar. De este modo, en caso de ser incumplidas

⁶¹ Vid. el texto completo de la reforma en A/CN.9/WG.II/WP.141, Documento presentado por el Grupo de Trabajo II en materia de arbitraje en el 44º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL), celebrada en Nueva York, del 23-27 de enero de 2006.

podrán ser ejecutadas por la fuerza. Esta previsión resulta imprescindible, ya que de nada servirá atribuir competencia a los árbitros para ordenar medidas de protección si, en caso de reticencia al cumplimiento resultará imposible hacerlas efectivas.

La Ley boliviana de arbitraje de 1997 por su parte prevé en el artículo 36.1 la posibilidad de solicitar la cooperación de los jueces estatales con el objeto de que ejecuten las medidas precautorias ordenadas por el tribunal arbitral. A tal efecto, atribuye competencia a los jueces del lugar donde deba ejecutarse la medida⁶².

Junto a la solicitud de auxilio judicial para ejecutar la citada medida, el tribunal arbitral deberá hacerle llegar al juez competente una copia auténtica del convenio arbitral, así como de la resolución arbitral que contenga la medida cautelar dictada por el tribunal arbitral⁶³.

Una vez aportada la citada documentación, el juez boliviano competente se limitará a hacer efectivo lo solicitado por el tribunal arbitral. Esto es, a ejecutar la medida cautelar, sin entrar a valorar la procedencia o improcedencia de la misma y sin que quepa la posibilidad de recurrir o de mostrar oposición⁶⁴.

A modo de excepción, se prevé un caso en el que el juez boliviano podrá oponerse a la ejecución de la medida cautelar acordada por el tribunal arbitral, en concreto será cuando la medida precautoria ordenada vaya en contra del orden público -art. 37.2 Ley boliviana de arbitraje-.

De este modo parece que en Bolivia las órdenes cautelares dictadas por un tribunal arbitral tendrán fuerza ejecutiva y por ende serán directamente ejecutables en vía judicial, salvo que sean contrarias al orden público.

Por otra parte, el artículo 11 apartado 3º de la Ley de arbitraje española dispone: *“El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal [estatal] la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas”*. Ya en la Ley modelo, donde se contiene una norma casi idéntica, fue objeto de un amplio debate la determinación del sentido y alcance de la misma. La

⁶² Vid. el art. 36.1º de la Ley nº 1770, de Conciliación y Arbitraje, de 10 de marzo de 1997 de Bolivia.

⁶³ Vid. el art. 36.2º de la Ley nº 1770, de Conciliación y Arbitraje, de 10 de marzo de 1997 de Bolivia.

⁶⁴ Vid. el art. 37.2º de la Ley nº 1770, de Conciliación y Arbitraje, de 10 de marzo de 1997 de Bolivia.

discusión giraba en torno a si el precepto estaba atribuyendo competencia a la jurisdicción estatal para ordenar medidas de aseguramiento en apoyo de un arbitraje. O, simplemente proclamaba un principio de carácter general consistente en admitir la compatibilidad entre la existencia de una cláusula de arbitraje y la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción estatal⁶⁵.

Finalmente, fue la segunda interpretación la que sostuvo la mayor parte de la doctrina basándose en los informes del Grupo de Trabajo II de la UNCITRAL⁶⁶. De hecho, la norma se incluyó en la Ley modelo para poner fin a la polémica existente con anterioridad, pues en muchos casos los jueces habían rechazado la adopción de medidas de protección apoyándose en que existía una cláusula arbitral y, por ende, de conformidad con el art. II.3 del Convenio de Nueva York los jueces debían abstenerse de conocer por cuanto que correspondía en exclusiva a los árbitros.

En definitiva, debemos entender que el art. 11.3 de la Ley de Arbitraje establece que el hecho de que exista una cláusula arbitral no impide que las partes recurran a los jueces para que adopten las medidas oportunas. Sin que ello implique una renuncia a la cláusula de arbitraje ni una sumisión a la jurisdicción estatal. En este sentido, la norma permite el recurso a la jurisdicción estatal tanto durante el desarrollo del procedimiento arbitral o antes de que éste se inicie.

Como conclusión, el sistema español vigente en materia de arbitraje prevé una competencia concurrente de jueces y árbitros en materia cautelar. Esta dualidad de posibilidades se erige como una verdadera alternativa para las partes, ya que podrán interponer la solicitud de medidas cautelares ante los órganos que estimen más conveniente, ya sean los jueces o los árbitros.

Se confirma la necesaria complementariedad entre las instancias arbitral y judicial. Tanto es así que es precisamente esta cooperación judicial en el arbitraje la que dota de plena eficacia a este mecanismo de resolución de conflictos.

Ahora sólo queda esperar que la modificación introducida en el artículo 17 de la Ley modelo UNCITRAL sea masivamente incorporada por todos los Estados, ya que, como es bien sabido, las Leyes modelo carecen de un valor jurídico directo, y su importancia radica en el intento de unificación de

⁶⁵ MUÑOZ SABATÉ, L.: "Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral", Rev. Jur. Cat., 1991, pág. 734.

⁶⁶ Vid. el Informe del Grupo de Trabajo II, de 23 de marzo de 1982, A/CN.9/216, párr. 39, págs. 336 y 337.

La Tutela Cautelar en apoyo de un Procedimiento Arbitral...

la normativa de los diferentes Estados. Esto es precisamente lo que en su día ocurrió con la Ley modelo UNCITRAL de arbitraje de 1985. De ser así, todo apunta a que en un futuro próximo estaremos ante una posibilidad real de que las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral sean eficaces.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

IMPROCEDENCIA Y RECHAZO DE RECURSOS CONSTITUCIONALES.

RECURSO DE REPOSICIÓN.

REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR LOS TRIBUNALES DE GARANTÍA.

Orlando Parada Vaca*

Si bien la mayoría de los procesos y recursos constitucionales se tramitan directamente por ante el Tribunal Constitucional, tres de ellos permiten que se interpongan ante jueces de instrucción, jueces de partido o las Cortes Superiores de Distrito constituidos en tribunal de garantía. Se trata de los recursos de Habeas Corpus, Amparo Constitucional y Habeas Data.

El Tribunal Constitucional considera que el recurso de reposición (Art. 33 –II LTC) no es procedente en los procesos de amparo, habeas corpus y habeas data. La aclaración, enmienda y complementación (Art. 50 LTC), sin embargo, procede en todo tipo de proceso o recurso. Sobre esta interpretación, que consideramos restrictiva y poco favorable al ejercicio de los derechos, trata el presente comentario.

Por mandato del Art. 121 –I CPE en concordancia con el Art. 42 LTC (Ley 1836), las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional no admiten recurso alguno. Sin embargo, los Arts. 33 –II y 50 LTC permiten interponer los recursos de reposición y de aclaración, enmienda y complementación.

Aunque ambos institutos están incluidos en el Título Tercero (Disposiciones comunes de procedimiento) de la LTC, su naturaleza y ámbito de aplicación parecen ser distintos, de acuerdo al entendimiento del Tribunal Constitucional.

Por el AC 078/2006 –RCA de 13 de marzo, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que el recurso de reposición sólo procede contra los Autos Constitucionales de rechazo emitidos por la Comisión de Admisión dentro de los recursos que se tramitan directamente ante el Tribunal.

* Director de la Revista Boliviana de Derecho.

Con carácter previo, corresponde efectuar un análisis sobre los **casos de procedencia del recurso de reposición previsto en el art. 33.II de la LTC**, que establece lo siguiente: “La resolución de rechazo admite recurso de reposición que deberá ser interpuesto dentro de los tres días siguientes a la notificación del mismo. La Comisión resolverá el recurso en el mismo plazo”.

Empero, para una cabal aplicación de las normas, éstas no deben entenderse en un sentido aislado, sino en su contexto; en ese entendido, partiendo de una **interpretación sistemática**, se debe tomar en cuenta que dicha norma se encuentra ubicada dentro del Título Tercero, Capítulo II referido a la **Admisión de las demandas y recursos**, donde se desarrolla las **atribuciones de la Comisión de Admisión**, entre las que destaca la admisión de los recursos que son presentados ante el Tribunal Constitucional (art. 31 de la LTC), los defectos formales subsanables y el plazo de diez días para su subsanación (art. 32 de la LTC); y **las causales de rechazo**, que son la carencia de fundamento jurídico constitucional que justifique una decisión en el fondo, y cuando anteriormente se ha desestimado en el fondo un recurso con naturaleza y objeto análogos (art. 33.I de la LTC); y precisamente siguiendo este orden normativo, el **parágrafo II del citado art. 33 de la LTC**, ha previsto que en caso de que la Comisión de Admisión hubiera realizado una errada apreciación al disponer el rechazo, el mismo puede ser impugnado a través de un recurso de reposición. En este punto cabe recordar, -como se tiene explicado-, que las causales de rechazo de los recursos en general, **son distintas a las causales de rechazo y de improcedencia del recurso de amparo constitucional que están desarrollados en los arts. 96 y 97 de la LTC**.

Lo cual implica, que **el recurso de reposición** además de ser presentado dentro del plazo fatal de tres días, debe contener una debida fundamentación sobre las razones por las que el recurrente considera que su demanda debió ser admitida, precisando los errores de hecho que supuestamente cometió la Comisión de Admisión al rechazar el recurso interpuesto, procediendo únicamente contra los Autos Constitucionales de rechazo emitidos dentro de los recursos presentados directamente ante el Tribunal Constitucional, como ser los recursos directos de nulidad, contra tributos y cargas públicas, las consultas de constitucionalidad, los recursos de control normativo de constitucionalidad, sea en vía directa o vía incidental cuando son promovidos de oficio o a instancia de parte, o en su caso rechazados, entre otros; es decir, **que procede en aquellos recursos que son presentados ante el Tribunal Constitucional, a través de la Comisión de Admisión que es el único que tiene potestad de admitir o rechazar el recurso**.

En cambio, en los recursos que por previsión expresa de la Constitución Política del Estado y de la Ley del Tribunal Constitucional, corresponden ser admitidos por los Jueces o Tribunales de garantías, y que posteriormente son remitidos al Tribunal Constitucional, en grado de revisión, tal cual acontece con los recursos específicos de protección a los derechos fundamentales, como lo son el recurso de hábeas corpus, recurso de amparo constitucional y el recurso de hábeas data, **no procede el recurso de reposición**, puesto que al tratarse de una revisión de oficio, no es una instancia más, ni nueva demanda, sino una exigencia procesal establecida por el **art. 120 inc. 7) de la CPE** que entre las atribuciones del Tribunal Constitucional, establece: “la

revisión de los recursos de amparo constitucional y hábeas corpus”, ahora también de los recursos de hábeas data: concordante con el art. 102.V de la LTC que dispone: “La resolución será elevada en revisión de oficio ante el Tribunal Constitucional en el plazo de 24 horas”, ello a objeto de que este Tribunal examine la actuación de los Jueces y Tribunales de garantías, trámite procesal que en el caso de autos se ha cumplido; siendo innecesario e injustificado un nuevo examen, no permitido además por ninguna norma procesal, dado que el recurso de reposición no es aplicable para este tipo de recursos constitucionales que tienen una tramitación especial.

A partir de esta sentencia, los jueces y tribunales que actúan como tribunales de garantía rechazan todos los recursos de reposición que les son interpuestos. Veamos como ejemplo la siguiente resolución dictada por la Sala Penal Segunda de Santa Cruz.

“El recurso de reposición incoado por el recurrente..., y en atención a que lo peticionado por el indicado sujeto procesal, viene a estar contrapuesto con las facultades que otorga a este tribunal la norma del Art. 50 de la Ley del Tribunal Constitucional, la misma que faculta a los tribunales que actúen bajo la égida de la Ley 1836, a que aclaren, enmienden o complementen algún concepto oscuro, corregir un error material o subsanar alguna omisión, sin afectar el fondo de la resolución, aspecto que en el caso de autos no se da, pues lo que se pretendería vendría a ser una modificación esencial de lo resuelto..., situación que no se encuentra dentro de los alcances del recurso de reposición, motivo por el cual se deberá disponer **NO HA LUGAR** al recurso intentado, debiendo estar a lo resuelto en el presente fallo y al recurso de impugnación que podrá deducir dentro del término de ley, a los fines de que el máximo ente controlador de la constitucionalidad del país, proceda a la revisión del texto y contexto de lo resuelto en la presente causa, y emita en última instancia la resolución que corresponda, determinando lo que fuere de ley” (AV. Nº 51 de 25-02-08 emitido por la SP –II de SC)

Es evidente que el AC 078/2006 de 13-03 marca línea jurisprudencial respecto a la reposición prevista en Art. 33 –II LTC, por ello comentaremos dicha resolución por partes:

A.-Improcedencia de los recursos:

De acuerdo a las previsiones del Art. 96 LTC, el Recurso de Amparo no procederá contra:

- 1.- Las Resoluciones cuya ejecución estuviere suspendida por efecto de algún medio de defensa o recurso ordinario o extraordinario interpuesto con anterioridad por el recurrente y en cuya virtud pudieran ser revisadas, modificadas, revocadas o anuladas.

- 2.- Cuando se hubiere interpuesto anteriormente un recurso constitucional con identidad de sujeto, objeto y causa y contra los actos consentidos libre y expresamente o cuando hubieren cesado los efectos del acto reclamado.
- 3.- Las resoluciones judiciales que por cualquier otro recurso puedan ser modificadas o suprimidas aún cuando no se haya hecho uso oportuno de dicho recurso.

Si bien la norma está dirigida a los recursos de Amparo Constitucional, el TC la aplica también a los recursos de Habeas Corpus y Habeas Data. Entonces, si el recurso interpuesto se adecua a las previsiones del instituto, la resolución que se dicte será improcedencia in límine, contra la cual no procede la reposición (Art. 33 –II LTC) pero sí la petición de aclaración, enmienda y complementación prevista en el Art. 50 LTC.

Sobre la improcedencia in límine, se ha pronunciado el TC en la SC 0505-2005 –R de 10 de mayo:

“En otras palabras, **las causales de improcedencia del recurso de amparo constitucional**, previstas en el **art. 96 de la LTC**, hacen referencia a los supuestos en los que no es posible interponer el recurso de amparo constitucional, por existir ciertas causas que imposibilitan el desarrollo posterior del proceso. Dicho en otros términos, **el precepto señala los casos de inactivación del recurso**, que determinan que **no se pueda incoar la causa**, por existir los **impedimentos** expresados en el aludido **art. 96 de la LTC**.

Los supuestos de improcedencia anotados, están destinados, en el sentido de la ley, a evitar que los recurrentes y el Tribunal tengan que desplegar una actividad procesal que previsiblemente concluirá con una resolución final de improcedencia, con las consecuencias indeseables que tal situación conlleva para el recurrente y los órganos de la jurisdicción constitucional. Tiene su fundamento en razones de **economía procesal y en el mandato de justicia pronta y efectiva contenida en el art. 116.X de la CPE**, así como en el **principio de inmediatez** que informa al recurso de amparo constitucional, previsto en el **art. 19 de la CPE**”.

En consecuencia el Tribunal de amparo una vez verificada la concurrencia de las causales señaladas en el art. 96 de la LTC declarará la **improcedencia in limine de la acción de amparo**, mediante auto debidamente motivado

B.-Rechazo de los recursos.-

El Art. 97 LTC especifica claramente los requisitos y condiciones que debe cumplir el recurso de Amparo Constitucional, aplicable también al Habeas Corpus y Habeas Data.

El Art. 98 LTC otorga la facultad al juez o tribunal, ante el cual se interponga el recurso, para admitir o rechazar el recurso.

Art. 97.- FORMA Y CONTENIDO DEL RECURSO.- El recurso será presentado por escrito con el cumplimiento de los siguientes requisitos de contenido:

- I. Acreditar la personería del recurrente;
- II. Nombre y domicilio de la parte recurrida o de su representante legal.
- III. Exponer con precisión y claridad los hechos que le sirvan de fundamento.
- IV. Precisar los derechos o garantías que se consideren restringidos, suprimidos o amenazados.
- V. Acompañar las pruebas en que se funda la pretensión; y,
- VI. Fijar con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o la garantía vulnerados o amenazados.

Art. 98.- ADMISION.- El Tribunal o juez competente en el plazo de veinticuatro horas admitirá el recurso de amparo constitucional que cumpla los requisitos de forma y contenido exigidos por el artículo precedente; caso contrario será rechazado. Los defectos formales podrá subsanar el recurrente en el plazo de cuarenta y ocho horas de su notificación, sin ulterior recurso.

C.-Revisión de las resoluciones de improcedencia y de rechazo.-

Ante la resolución de improcedencia o de rechazo del recurso que emita el tribunal de garantías corresponde su impugnación, como el único mecanismo para que dicha resolución sea enviada en revisión ante el Tribunal Constitucional.

"Lo expuesto precedentemente, determina que en los casos en que los jueces o tribunales de amparo: 1. rechacen el recurso, ya sea por incumplimiento de requisitos de fondo o por falta de subsanación de los requisitos de forma dentro del plazo establecido por el art. 98 de la LTC, o 2. declaren la **improcedencia del amparo constitucional**, por alguno de los supuestos de inactivación establecidos en el art. 96 de la LTC, sus resoluciones deben ser revisadas por la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional, dada la naturaleza de las funciones que le asigna la Ley". (SC 505-2005 –R de 10 de mayo).

A partir del AC 107-2006 –RCA de 07 de abril, el Tribunal Constitucional ha sentado jurisprudencia de manera muy didáctica de los casos en que procede la revisión de oficio o a petición de parte de las resoluciones que conceden o deniegan un recurso, de las que declaran la improcedencia in límine y de las que rechazan dichos recursos.

“II.1.1. Revisión por parte del Tribunal Constitucional, de las Resoluciones pronunciadas por los Jueces o Tribunales de amparo.

Por disposición expresa del **art. 19.IV, in fine de la CPE**, el Tribunal Constitucional realiza una revisión o control de la Resolución pronunciada por el Tribunal de amparo, en la tramitación de ésta acción tutelar; puesto que dicha norma establece que el Juez o Tribunal ordinario que actúe en calidad de Juez o Tribunal de amparo, en ese caso concreto: “...examinará la competencia del funcionario o los actos del particular y, encontrado cierta y efectiva la denuncia, concederá el amparo solicitado, siempre que no hubiere otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados, elevando de oficio su Resolución ante el Tribunal Constitucional para su revisión, en el plazo de veinticuatro horas” (el subrayado es nuestro), norma constitucional concordante con lo previsto por el **art. 102.V de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC)** que señala: “La resolución será elevada en revisión de oficio ante el Tribunal Constitucional en el plazo de 24 horas”.

Lo cual significa, que la actuación del Juez o Tribunal de garantías plasmada en sus Resoluciones, -que pueden ser de concesión o denegación de tutela-, son sometidas a revisión por parte de este Tribunal; es decir, que en caso que hubiera algún error en la apreciación o compulsión de los hechos y las normas aplicables en la tramitación y decisión de este recurso constitucional, el Tribunal Constitucional hace una revisión o examen, y en definitiva emite una decisión final.

Únicamente las resoluciones dictadas por los tribunales de garantía que conceden o deniegan los recursos son revisadas de oficio por el Pleno del Tribunal Constitucional. Así lo expresa el AC 107-2006 –RCA de 07-04:

II.1.2. Revisión de oficio por parte del Pleno del Tribunal Constitucional de las resoluciones de fondo pronunciadas en los recursos de amparo constitucional que conceden o deniegan la tutela solicitada.

Para un mejor entendimiento del mandato Constitucional anteriormente glosado, es necesario recordar que el Tribunal Constitucional, para el adecuado cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales, está conformado por el Pleno y por la Comisión de Admisión, cada uno con atribuciones específicas.

En lo esencial, el Pleno del Tribunal Constitucional en el ámbito de su competencia, se pronuncia sobre cuestiones de fondo de las problemáticas sometidas a su conocimiento, entre las que se encuentra la revisión de los recursos de amparo constitucional; a partir del entendimiento desarrollado en la **SC 0505/2005-R**, de 10 de mayo, en este tipo de recurso o acción tutelar le corresponde conocer, en revisión, únicamente cuando se haya concedido o denegado la tutela por el Juez o Tribunal de amparo; en cuyo mérito, en el caso del amparo constitucional, el trámite culmina con la dictación de la respectiva Sentencia Constitucional.

Aquellas resoluciones que declaren la improcedencia in límine o las que rechacen los recursos interpuestos podrán ser revisadas por la Comisión de

Admisión del TC, cuando existe petición de parte mediante el recurso de impugnación. Así lo dispone el AC 107-2006 –RCA de 07 de abril:

II.1.3. Revisión, sólo a instancia de parte, por la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional de las resoluciones pronunciadas en los recursos de amparo constitucional que rechazan o declaran improcedente el recurso.

Siguiendo el razonamiento anterior, cabe señalar que la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional, tiene funciones de orden procesal o formal, aunque no por ello menos importante; en el caso de los recursos de amparo constitucional, la citada SC 0505/2005-R, de 10 de mayo, luego de realizar una interpretación armónica y sistematizada de las disposiciones legales que regulan el trámite de esta acción tutelar, determinó que es atribución de la Comisión de Admisión, conocer, en grado de revisión, las resoluciones de Rechazo y de improcedencia de los recursos de amparo constitucional; al establecer en dicha Sentencia Constitucional que: "(...) en los casos en que los jueces o tribunales de amparo: 1. rechacen el recurso, ya sea por incumplimiento de requisitos de fondo o por falta de subsanación de los requisitos de forma dentro del plazo establecido por el art. 98 de la LTC, o 2. declaren la improcedencia del amparo constitucional, por alguno de los supuestos de inactivación establecidos en el art. 96 de la LTC, sus resoluciones deben ser revisadas por la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional, dada la naturaleza de las funciones que le asigna la Ley" (las negrillas son nuestras).

A fin de operativizar las referidas atribuciones conferidas a la Comisión de Admisión de este Tribunal, es preciso complementar el entendimiento de la SC 505/2005-R, de 10 de mayo, en sentido de que la revisión de las resoluciones de rechazo o de improcedencia, por parte de la Comisión de Admisión, será viable únicamente, cuando el o los recurrentes impugnen por escrito y de manera fundamentada, ante el Juez o Tribunal de amparo, el rechazo o la declaratoria de improcedencia del recurso, según sea el caso; de no darse esta circunstancia, no se abre la competencia de la Comisión de Admisión para realizar dicha revisión; puesto que al no tratarse de cuestiones de fondo, sino de forma o procesales, su revisión deja de ser imperativa y se convierte en una facultad a instancia de parte, activada por la voluntad del propio recurrente; en cuyo caso, la Comisión de Admisión, en grado de revisión, emitirá el respectivo Auto Constitucional aprobando o revocando, el rechazo o improcedencia, y en su caso, disponiendo la admisión del recurso y la prosecución del trámite.

En este contexto, el recurso de amparo constitucional adquiere simplicidad y agilidad en su trámite, en beneficio del o de los recurrentes; al respecto, es preciso recordar que la citada jurisprudencia constitucional plasmada en la SC 0505/2005-R, sobre la importancia de que un recurso de amparo constitucional esté bien planteado; en observancia de las normas previstas por el art. 19 de la CPE, y arts. 94, 96, 97 y 98 de la LTC, señaló que: "... conforme lo ha establecido la SC 0365/2005-R, "los requisitos exigidos por la Ley del Tribunal Constitucional en el precepto aludido (art. 97 de la LTC) están destinados a evitar el inicio de un procedimiento que carezca de los elementos básicos necesarios para decidir sobre la pretensión jurídica deducida; sea para estimarla o desestimarla" (las negrillas son nuestras). De las normas y jurisprudencia

glosada, se extrae que la admisión o el rechazo del amparo constitucional debe resolverse luego de presentado el recurso, para así evitar activar innecesariamente el procedimiento posterior; empero, antes de realizar la evaluación de los requisitos de admisión, el juez o tribunal de amparo está obligado a determinar si el recurso es procedente o improcedente,....", luego añadió que: "Los supuestos de improcedencia (...), están destinados, en el sentido de la ley, a evitar que los recurrentes y el Tribunal tengan que desplegar una actividad procesal que previsiblemente concluirá con una resolución final de improcedencia, con las consecuencias indeseables que tal situación conlleva para el recurrente y los órganos de la jurisdicción constitucional"; y finalmente, en cuanto al argumento del cambio procesal adoptado, indicó que: "Tiene su fundamento en razones de economía procesal y en el mandato de justicia pronta y efectiva contenida en el art. 116.X de la CPE, así como en el principio de inmediatez que informa al recurso de amparo constitucional, previsto en el art. 19 de la CPE", (el resaltado es nuestro).

Fundamento, que también resulta aplicable a la presente Resolución, puesto que al ser la revisión del rechazo y de la declaratoria de improcedencia, sólo a instancia de parte; el recurrente, en los casos en que su demanda sea rechazada, podrá interponer un nuevo recurso cumpliendo todas las exigencias legales; y en caso de que el recurso sea declarado improcedente, advertido de la errónea interposición del mismo, podrá desistir de su pretensión, o plantear nuevo recurso cuando considere que concurren los requisitos de procedencia; empero, si considera que el Juez o Tribunal de amparo, ha efectuado una errónea aplicación de la norma procesal, y rechazado o declarado improcedente su recurso en forma indebida, no obstante haber sido planteado cumpliendo todos los presupuestos legales; el recurrente tiene la potestad de impugnar dicha Resolución por escrito y de manera fundamentada, -precisando en qué consistió el error del Tribunal de amparo y las circunstancias por las que debió ser admitido-; dentro del plazo razonable de tres días hábiles computables a partir del día siguiente de su notificación con la Resolución respectiva; a la conclusión de dicho plazo precluirá este derecho, toda vez que la jurisdicción constitucional no puede estar de manera indefinida a la voluntad del recurrente, lo cual implica que debe desempeñar un rol activo y no negligente en la tramitación de esta acción tutelar; y en el caso de estar conforme con el fallo del Juez o Tribunal de amparo, no impugnará la decisión, con lo cual quedará demostrada su aceptación y se procederá al archivo de obrados.

Se deja constancia que en caso de intentarse un nuevo recurso, no podrá argüirse la causal de improcedencia por identidad de sujeto, objeto y causa; dado que el anterior recurso no fue admitido, por ende, no se ingresó al fondo de la causa, única circunstancia que hace aplicable dicha causal de inactivación.

En consecuencia, al quedar establecido que la revisión de las resoluciones de rechazo e improcedencia, es a instancia de parte a través de la impugnación, se deja sin efecto la Circular "K" Cite Of TC 358/2000, de 21 de junio, que dispuso que los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional, rechazados o no admitidos, sean elevados de oficio para su revisión ante el Tribunal Constitucional".

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

Antonio Andaluz Westreicher¹

Horacio Andaluz Vegacenteno²

El apego a la palabra es uno de esos fenómenos que en el derecho, como en otros ramos, caracteriza la falta de madurez y de desarrollo intelectual. A la cabeza de la historia del derecho podría escribirse el epigrafe "IN PRINCIPIO ERAT VERBUM".

RUDOLPH VON IHERING

El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo (1852)

I. Presentación del caso

A fin de no comprometer la fe de la Administración con el irrespeto a los

¹ Abogado (Andaluz Abogados), Profesor de Derecho (Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra), estudios de postgrado en Tufts University, Boston. Publicaciones relevantes: *Derecho ecológico peruano. Inventario normativo 1900-1987* (con VALDEZ, Walter) (GREDES, 1987, 314 pp.); *Los conceptos clave de Estado y los planes de ordenamiento predial* (BOLFORD, 1998, 140 pp.); *Derecho ambiental. Propuestas y ensayos* (UPSA, 2003, 337 pp.); *Revolución Estadual y Constitución Política* (El Bucéfalo, 2004, 140 pp.); *Normative structuralism* (UPSA, 2005, 147 pp.); *Bases conceptuales para un enfoque de los servicios ambientales a partir del estructuralismo normativo* (SBDA, 2005, 60 pp.); *Crítica de juridicidad de un cuerpo normativo: el caso de la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria* (con ANDALUZ, Horacio) (ABEC/El País, 2007, 63 pp.) Miembro del Consejo Internacional de Derecho Ambiental (Bonn).

² Abogado (Andaluz Abogados), Árbitro (Cámara de Industria, Comercio y Turismo de Santa Cruz), Profesor de Derecho (Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra), Master en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Universidad Complutense de Madrid), antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, Master of Laws (Harvard Law School). Publicaciones relevantes: *Bases jurídicas para la reintegración marítima de Bolivia* (UPSA, 2002, 403 pp.); *Positivismo normativo y Derecho Internacional* (Plural/CERID, 2005, 201 pp.); *Legislación internacional del Medio Ambiente, de Género y Generacional* (compilador) (MDS, 2005, 694 pp.); *El derecho de la sucesión de Estados* (Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso xxvii, 2º semestre 2006; Revista de Derecho de la Universidad Miguel Hernández de Elche – España No. 2, 2007; International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional No. 9, mayo 2007 y Revista Boliviana de Derecho No. 4, julio 2007); *Crítica de juridicidad de un cuerpo normativo: el caso de la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria* (con ANDALUZ, Antonio) (ABEC/El País, 2007, 63 pp.); *El Derecho Internacional en el sistema de fuentes, propuesta de artículos para la Nueva Constitución de Bolivia* (en *Propuestas para construir un Estado Social y Democrático de Derecho*, ABEC/Kipus, 2007, 392 pp.; en prensa en Anuario Mexicano de Derecho Internacional Vol. VIII, 2008). Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales.

derechos adquiridos, en apego a la regla constitucional de irretroactividad de las leyes, la Ley Forestal de 12 de julio de 1996 (Ley 1700) estableció el beneficio de conversión voluntaria al régimen de concesiones de los contratos de aprovechamiento forestal obtenidos bajo el régimen legal anterior (Decreto Ley 11686 de 13 de agosto de 1974 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 14459 de 25 de marzo de 1977). Para acogerse al beneficio de conversión voluntaria los peticionarios debían cumplir los requisitos reglados por el artículo 98 del Reglamento General de la Ley 1700, aprobado mediante Decreto Supremo 24453 de 21 de diciembre de 1996, siendo uno de ellos la cláusula de sumisión, que fue sancionada con el texto siguiente: “[Para acogerse al beneficio de conversión voluntaria el peticionario deberá presentar al Superintendente Forestal una] declaración expresa de sumisión a los procesos de saneamiento legal que puedan efectuarse a futuro conforme a Ley y a las consecuentes reducciones que, en su caso, afecten a la concesión. Cuando el saneamiento legal afectare un área de la concesión, ésta será reducida y la patente excedentaria pagada correspondiente a los dos últimos años sobre áreas no aprovechadas será considerada a cuenta de pagos futuros, previa inspección forestal de verificación. Asimismo, cuando del saneamiento legal resultaren áreas excedentarias del derecho originario, el titular tendrá preferencia para ampliar la concesión. En ambos casos deberán efectuarse las correspondientes adecuaciones al plan de manejo y sus instrumentos subsidiarios” (artículo 98.II.j).

Ya para el año 2000 la Corte Suprema de Justicia tenía claro que el derecho de propiedad revestía preferencia sobre el de concesión³, pero no fue sino hasta 2006 que el Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA) hizo invocación expresa de la cláusula de sumisión para dotar y titular tierras comunitarias de origen superpuestas a concesiones forestales⁴. Este hecho motivó que los titulares de las concesiones afectadas impugnasen las Resoluciones del INRA ante el Tribunal Agrario Nacional (TAN) en la vía contencioso administrativa. Los demandantes argumentaron que sus respectivos derechos forestales eran de fecha anterior a las solicitudes de titulación de tierras comunitarias de origen, por lo que entendían que, en virtud a dicho criterio temporal, sus concesiones debían prevalecer ante la pretensión de propiedad invocada por los solicitantes de tierras comunitarias de origen. En la línea preconizada por la Corte Suprema, el TAN desestimó el argumento de la prelación por razón

³ Véanse las Sentencias de Sala Plena de 5 de mayo de 2000: N° 1-057, N° 1-058 y N° 1-059.

⁴ Véanse las Resoluciones RADT-ST N° 0208/2006 (26 de mayo); RADT-ST N° 0209-2006 (26 de mayo); RA-ST N° 0217/2006 (2 de junio); RA-ST N° 0218/2006 (2 de junio); RA-ST N° 0219/2006 (2 de junio).

de antigüedad de los derechos de concesión respecto a los de propiedad⁵, luego la jurisdicción constitucional hizo lo propio en vía de amparo contra las sentencias del TAN⁶. Con estos antecedentes jurisprudenciales queda cerrado que el proceso de revocatoria de concesiones forestales previsto por la Ley 1700 debe ser agotado en los casos de superposición de derechos de propiedad y concesiones forestales. Por otro lado, en el decurso de los debates también fueron eximidos argumentos respecto a la responsabilidad penal en que estarían incurso el Director Nacional del INRA y el Superintendente Forestal por disponer el primero y tolerar el segundo la dotación de tierras total o parcialmente superpuestas a concesiones forestales vigentes, lo que igualmente hace parte del presente análisis.

Siendo tal el estado de cosas, resta determinar los pasos a seguir a partir de las Resoluciones firmes del INRA confirmando o constituyendo derechos de propiedad total o parcialmente superpuestos a concesiones forestales, así como las opciones aplicables de sometimiento voluntario para el caso de evitar a la Administración la gravosa carga de las indemnizaciones correspondientes, habida cuenta que constitucionalmente el desapoderamiento a los expropiados (concesionarios) sólo puede operar una vez agotado el proceso de revocatoria y pagada la respectiva indemnización (artículo 22.II de la Constitución).

A efecto del análisis, la cita del epígrafe recuerda lo ya sabido: la razón jurídica lee el material jurídico construyéndolo en la forma de normas de derecho y estructurándolo en los términos de un sistema con pretensiones de coherencia e integridad.

II. Jurisprudencia

Se encuentra determinado de manera definitiva en sede judicial:

1. Que la concesión forestal no constituye título oponible al proceso de saneamiento de la propiedad agraria, por cuanto, de origen, dicho proceso está llamado a compulsar tan sólo las pretensiones dominiales sobre la tierra, y tal es la sola competencia atribuida por la Ley de la materia (Ley 1715 de 18 de octubre de 1996 Ley INRA) al Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA): “(...) el proceso de saneamiento está destinado, únicamente, a regularizar y perfeccionar

⁵ Véanse las Sentencias Agrarias Nacionales (SAN) S2ª N° 02/2007 (16 de febrero); S2ª N° 04/2007 (16 de febrero); S1ª N° 14/2007 (18 de mayo); S1ª N° 18/2007 (29 de mayo); S2ª N° 06/2007 (31 de mayo); y S1ª N° 33/2007 (4 de octubre).

⁶ Véase el Auto N° 264/07 (21 de agosto), Corte Superior de Distrito, Chuquisaca, Sala Penal.

el derecho de propiedad agraria (...). “(...) las concesiones otorgadas por el Estado, sean éstas forestales o de otros recursos, no pueden ser objeto de saneamiento, bajo sanción de nulidad y responsabilidad de las autoridades agrarias encargadas de su ejecución” (SAN S2ª N° 04/2007, 16 de febrero de 2007). En la misma línea las Sentencias Agrarias Nacionales (SAN) siguientes: S1ª N° 14/07, S1ª N° 18/07, S2ª N° 02/2007 y S2ª N° 06/2007.

2. Que la fuente legal que determina limitaciones temporales al ejercicio del derecho de concesión forestal, por causa no imputable al titular, es el artículo 6 de la Ley 1700, lo que significa que la concesión ciertamente es un derecho adquirido, pero que jurídicamente puede ponérsele fin mediante el respectivo proceso de revocatoria, que por naturaleza jurídica dice del ejercicio de la potestad expropiatoria de la Administración: “De otra parte se tiene que ambos derechos son distintos en su esencia y alcances, ya que la titulación de tierras a la comunidad antes individualizada, otorga en favor de los beneficiarios un derecho de propiedad real, totalmente contrapuesto al derecho de aprovechamiento que se otorga mediante un acto administrativo a las empresas concesionarias, quienes solo tienen un poder de hecho temporal y limitado en sus alcances por las leyes que rigen su funcionamiento y continuidad, como señala el art. 6 de la L. N° 1700” (SAN S2ª N° 04/2007, 16 de febrero de 2007).
3. Que, por consiguiente, la revocatoria forzosa de derechos forestales debe ser autorizada mediante Decreto Supremo precedido del correspondiente estudio técnico que justifique suficientemente los extremos señalados por el artículo 11 del Reglamento General de la Ley 1700, y que dará origen al respectivo proceso de revocatoria, reglado por el mismo Reglamento (artículo 22) en sus fases de trato directo, arbitral, de resolución y de ejecución: “(...) respondiendo a la inquietud del recurrente [en vía de amparo constitucional] respecto a quién dispone la reducción de la concesión forestal, [esta Corte] deja establecido que encuentra respuesta en la previsión del Decreto Supremo 24453 de 21 de diciembre de 1996, que regula la revocatoria forzosa de derechos forestales a partir de su artículo 9 y que en su artículo 11 prevé que ella se dispone a través de Decreto Supremo; previo un proceso de revocatoria y en base a estudios técnicos que justifiquen los requisitos que prevé dicha norma; imponiendo en el artículo 13 que el estudio estará a cargo de la entidad gestora, en este caso el INRA, por ser el que ha establecido en el proceso de saneamiento la viabilidad de afectación

de la concesión. De esta manera, la normativa invocada materializa los derechos y garantías de seguridad jurídica y debido proceso establecidos en los artículos 7.a y 16 de la Constitución, quedando establecido que ni la[s] Resoluci[ones] del INRA ni la[s] sentencia[s] del TAN por su sola emisión constituyen *per se* el instrumento jurídico válido de revocatoria de derechos forestales legalmente adquiridos y vigentes, los que cesarán únicamente cuando se haya agotado el procedimiento que prevé el Decreto Supremo 24453 (Reglamento de la Ley 1700)” (Auto N° 264/07, 21 de agosto de 2007, Corte Superior de Distrito, Chuquisaca, Sala Penal).

4. Que, por tanto, la concesión es un derecho autónomo, otorgado por la autoridad competente en la materia (Superintendencia Forestal), que está llamado a convivir con el derecho de propiedad en calidad de carga a soportar por el propietario, hasta su resolución en derecho mediante el respectivo proceso de revocatoria: “Lo relacionado precedentemente permite establecer la existencia de dos derechos independientes y autónomos, que se desprenden en el derecho [del pueblo indígena] a la titulación efectiva de las tierras saneadas por el INRA, y en el consiguiente funcionamiento de la concesión forestal otorgada legalmente por la Superintendencia Forestal (...)”(SAN S2ª N° 04/2007, 16 de febrero de 2007).

III. Comentarios

1. El derecho de uso y usufructo sobre un bien inmueble constituye un derecho real inmobiliario (artículo 81 del Código Civil). Por la concesión forestal el Estado otorga al titular el derecho de aprovechar, en un área determinada y conforme a las reglas de la materia, especies o frutos del vuelo forestal, por un plazo renovable de 40 años y a cambio de una contraprestación económica. Es, pues, un derecho real inmobiliario⁷, y como todo derecho de contenido patrimonial está sujeto a la eventualidad de ser expropiado por supervención de una causa de utilidad pública. Si el artículo 6 de la Ley 1700 usa el

⁷ Por mandato de la Ley 1700 la concesión forestal está sujeta a registro de carácter público, cuyos certificados otorgan fe plena sobre la información que contienen (artículo 29.III.d), es susceptible de transferencia a terceros (artículo 29.III.e), y es un instrumento público que amerita suficientemente a su titular para exigir y obtener de las autoridades administrativas, policiales y jurisdiccionales el pronto amparo y la eficaz protección de su derecho (artículo 29.III.h). A su vez, la concesión forestal puede ser objeto tanto de constitución de garantías como de otorgamiento de contratos subsidiarios y contratos de riesgo compartido inscribibles en el Registro Público de Concesiones (artículo 78.VII y XI del Reglamento General).

término revocación⁸, es tan sólo por estar establecida la concesión forestal como un acto administrativo⁹, siendo que la revocación es en naturaleza jurídica una expropiación, lo cual fluye no solamente de la clara racionalidad de los artículos 9 a 22 del Reglamento General, sino también de su texto expreso, pues el artículo 10 dispone la aplicación supletoria de la legislación general sobre expropiaciones; el artículo 11 se refiere a los mismos extremos que hacen a la entidad jurídica de todo proceso expropiatorio, incluyendo la previsión de la “indemnización justipreciada” (artículo 11.c), es decir, lo mismo que en el artículo 22.II de la Constitución está prescrito como “previa indemnización justa”; y el artículo 19 prescribe que “en el proceso de revocatoria se aplicarán los criterios generales de valorización, pago y demás aplicables del proceso de expropiación”. Por lo demás, resulta ocioso abundar al respecto, porque, en todo caso, a identidad de razón corresponde identidad de derecho, y siendo que la revocación de la concesión por causa de utilidad pública genera, en efecto, una lesión al derecho patrimonial privado, simultáneamente genera la correspondiente responsabilidad patrimonial de la Administración, de lo que impera que aún en el caso negado de que la revocación no fuese una expropiación, las normas de ésta serían por igual aplicables a aquella, por identidad de razón. Y tal es la lógica seguida por el artículo 6 de la ley 1700 y los artículos 9 a 22 de su Reglamento General, y donde el dato jurídicamente relevante se resume en que donde hay lesión debe haber reparación (*ubi damnum ibi indemnitas*).

El hecho es que el otorgamiento de la concesión por el Estado desencadena un proceso de inversiones por parte del titular (inventario forestal, censo comercial; construcción de carreteras, caminos forestales, sendas de arrastre, campos de rodeo; adquisición e instalación de maquinarias y equipos; edificación e implementación de campamentos; adquisición de maquinaria pesada y vehículos de transporte; endeudamiento y sus costos asociados; sueldos y salarios; erogaciones por apertura de mercados; compromisos de abastecimiento de productos forestales

⁸ “El Poder Ejecutivo podrá disponer la revocación total o parcial de derechos de utilización forestal otorgados a los particulares cuando sobrevenga causa de utilidad pública. Dicho acto administrativo únicamente procederá mediante Decreto Supremo fundamentado y precedido del debido proceso administrativo que justifique la causa de utilidad pública y los alcances de la declaratoria y conlleva la obligación de indemnizar exclusivamente el daño emergente” (artículo 6 de la Ley 1700).

⁹ “La concesión es el acto administrativo por el cual la Superintendencia Forestal otorga a personas individuales o colectivas el derecho exclusivo de aprovechamiento de recursos forestales en un área específicamente delimitada de tierras fiscales” (artículo 29.I de la Ley 1700).

sujetos a cargas y penalidades por mora e incumplimiento, etc.), siendo jurídicamente inadmisibles que la Administración no repare los daños emergentes de una revocación producida por un motivo enteramente ajeno al titular, como es la causa sobreviniente de utilidad pública.

De manera que si la revocatoria parcial o total de la concesión ciertamente causa una lesión económica y financiera a quien regularmente la obtuvo de la Administración, como lo causa a quienes hubieran derivado su derecho del concesionario (titulares de cesiones, garantías, embargos, contratos subsidiarios y de riesgo compartido, inscritos en el Registro Público de Concesiones Forestales), sería, en efecto, del todo incompatible con el sano proceder y la actuación en derecho, y más tratándose de la Administración, causar efectos lesivos y resultados dañinos y pretender que la cláusula de sumisión al saneamiento legal prevista por el artículo 98.II.j del Reglamento General de la Ley 1700 autoriza a desconocer la obligación de indemnizar establecida por el artículo 6 de la Ley 1700 y los artículos 9 a 22 del propio Reglamento General, y menos cuando dicho articulado se contrae al desarrollo de una garantía de fuente constitucional (artículo 22.II de la Constitución).

2. Ahora bien, la utilidad pública a que se refiere tanto el artículo 22.II de la Constitución como el 6 de la Ley 1700 comprende la de sentido estricto, la utilidad social y la utilidad nacional, correspondiendo a la segunda categoría la invocada con fines de saneamiento de tierras¹⁰; y la propiedad a que se refiere la cláusula expropiatoria de la Constitución se extiende a todos los derechos de contenido patrimonial, sea que se ejerzan sobre bienes materiales (muebles e inmuebles) o inmateriales (derechos y acciones), y es por eso que la Administración puede expropiar no sólo predios urbanos o rústicos, sino también, por ejemplo, derechos relacionados con la explotación minera o de hidrocarburos. El hecho es que como en todos los casos de desapoderamiento hay una lesión de un interés patrimonial privado en correlato con una responsabilidad patrimonial de la Administración, en todos los casos

¹⁰ “Corresponde señalar, de acuerdo a los principios universalmente admitidos, que la utilidad pública abarca tres causas específicas: la utilidad pública en sentido estricto, o sea cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio público (caso de la Ley de Expropiaciones); la utilidad social, que se caracteriza por la necesidad de satisfacer de una manera inmediata y directa a una clase social determinada y mediatamente a la colectividad (el ejemplo más concreto se tiene en las expropiaciones dispuestas por la Ley de Reforma Agraria, arts. 63 y ss.); y la utilidad nacional, que exige se satisfaga la necesidad que tiene una Nación de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que la afectan como entidad política y como entidad internacional (son ejemplos: la nacionalización del petróleo en 1936 por vía de caducidad, la de la gran minería en 1952 y la de la Gulf en 1969” (Morales Guillen, Carlos; Código Civil concordado y anotado, Tomo I, 3ª edición, La Paz, Gisbert, 1991, p. 224).

debe seguirse la expropiación como procedimiento formal y riguroso, pues la expropiación supone un régimen de garantías que incluye (a) la reserva de Ley para tasar las causas que habilitan a la Administración a ejercer su potestad expropiatoria (para el caso, artículo 6 de la Ley 1700); (b) la verificación de la causa invocada y la determinación de la lesión patrimonial según las reglas del debido proceso (para el caso, los artículos 9, 10, 11, 12, 13, 19, 20, 21 y 22 del Reglamento General); (c) la previa indemnización, que en entidad jurídica constituye el título de atribución patrimonial a la entidad expropiante y de desapoderamiento al expropiado (para el caso, artículo 22.IV del Reglamento General); y (d) el derecho del expropiado de demandar la reversión de la expropiación cuando el derecho afectado no haya sido destinado al fin invocado en el plazo de ley (para el caso, artículos 14 a 18 del Reglamento General).

3. Llegados aquí (la concesión es un derecho real inmobiliario, la revocación es una expropiación, la utilidad social está incluida en la utilidad pública a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1700), siendo evidente que la concesión es un derecho de contenido patrimonial y que la expropiación es aplicable a todo derecho de contenido patrimonial, también resulta evidente que la concesión forestal está asilada en las garantías del artículo 22.II de la Constitución, y que, por tanto, sólo puede ser revocada por causa de utilidad pública calificada conforme a Ley, en debido proceso y previa indemnización justa. Que en naturaleza jurídica la previa indemnización constituya el verdadero título de desapoderamiento al expropiado y de atribución patrimonial a la Administración, es algo fuertemente arraigado en el derecho nacional, aunque su formulación mejor lograda desde el punto de vista de las garantías constitucionales se deba a la Ley 3545 de 28 de noviembre de 2006: “El propietario cuyas tierras hayan sido expropiadas (...) no estará obligado a hacer entrega de las mismas hasta el pago total en efectivo o [con tierras a solicitud suya]” (artículo 35.III). Y si la naturaleza de título de atribución patrimonial de la indemnización conduce a reducir al mínimo la posibilidad de que el ejercicio arbitrario de la potestad expropiatoria encubra figuras confiscatorias, en la misma línea opera la garantía del debido proceso, siendo ya tradición jurídica de larga data, y ampliamente compartida por el derecho comparado, que en un procedimiento formal y riguroso se pueda contestar tanto la causa invocada por la Administración como el monto de la indemnización. Así, el artículo 1 de la Ley de 30 de diciembre de 1884, que elevaba a rango de Ley el Decreto de 4 de abril de 1879 sobre expropiación por causa de necesidad y utilidad pública, disponía que el pago de

la indemnización era un requisito de la expropiación, su artículo 4 establecía el derecho a contestar la causa expropiatoria y el artículo 5 garantizaba la doble instancia. Siguiendo el mismo curso de actuación en derecho, las concesiones forestales sólo pueden ser revocadas tras el pago de los daños emergentes determinados en el respectivo proceso de revocatoria (artículos 9 a 22 del Reglamento General), proceso que, a su vez, sólo puede iniciarse previa declaratoria de la causa de utilidad pública que la motiva (artículo 6 de la Ley 1700). De donde resulta que, en su medida de conculcación de derechos y garantías fundamentales (integridad patrimonial y seguridad jurídica), cualquier revocación al margen del debido proceso daría lugar, en su momento, a amparo constitucional, y en su medida de resoluciones contrarias a la Constitución y las leyes, a enjuiciamiento criminal (artículo 153 del Código Penal). En este sentido, esto lleva a desentrañar los alcances jurídicos de la cláusula de sumisión, en orden a determinar si dicha cláusula exonera a la Administración de la obligación de agotar el proceso de revocatoria en los casos de concesiones parcial o totalmente superpuestas a propiedades agrarias o tierras comunitarias de origen. A este análisis se contrae el punto que sigue.

4. Respecto al alcance de la cláusula de sumisión, del texto de la norma (véase en la PRESENTACIÓN DEL CASO) resulta que se agota en tres extremos, a saber: (a) el solo recordatorio al concesionario, a título de prolijidad institucional, de la eventualidad de registrar reducciones de área en razón del proceso de saneamiento a adelantarse según la Ley de la materia, y que, en efecto, jurídicamente no pasa de ser un recordatorio, puesto que con o sin cláusula de sumisión, por igual el saneamiento implicaba preferencia del derecho de propiedad sobre el de concesión, y eso ya estaba claramente zanjado por la Ley especial de la materia desde el 18 de octubre de 1996¹¹ y refrendado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2000, en tanto que la cláusula de sumisión responde a un instrumento normativo jerárquicamente inferior (reglamento), de fecha posterior (21 de diciembre de 1996), y en desarrollo de una Ley distinta a la especial de la materia, por lo que sus alcances deben interpretarse según la legislación de la que deriva su validez; (b) la sola solución jurídica al tema de las patentes pagadas

¹¹ Ley 1715 de 18 de octubre de 1996, Disposición Final Segunda, parágrafo I: "En las tierras de aptitud de uso agrícola o ganadero, en las de protección o producción forestal y en las comunitarias de origen, en las que existiera superposición o conflicto de derechos, prevalecerá el derecho de propiedad agrícola, ganadera o de la comunidad campesina, pueblo o comunidad indígena u originaria, sobre las concesiones, contratos o autorizaciones de aprovechamiento forestal".

por un área mayor para el caso de que la misma resultara reducida, lo que constituye por definición una devolución, por vía de compensación, de los pagos en exceso efectuados por el propio concesionario, y que corre en forma totalmente separada de su derecho a la indemnización por los daños emergentes, inequívocamente previstos por el artículo 6 de la Ley 1700 y los artículos 9 a 22 de su Reglamento General; y, (c) el derecho preferente del concesionario a ampliar la concesión sobre las áreas fiscales circundantes que resultaran disponibles a resultas del proceso de saneamiento.

De manera que, conforme puede verse del texto de la norma, la razón de ser de la cláusula de sumisión al saneamiento legal se agota en estos tres contenidos normativos, por lo que en forma alguna enerva el proceso de revocatoria a que se refieren el artículo 6 de la Ley 1700 y los artículos 9 a 22 del propio Reglamento General; siendo que es jurídicamente vedado atribuir a dicha cláusula efecto derogatorio de tal proceso o carácter de renuncia tácita al mismo por parte del concesionario, por las siguientes razones: (a) en tanto norma cuya validez se presume y cuya conservación debe preferirse (artículos 2 y 4 de la Ley 1836), ni la cláusula de sumisión ni ninguna otra norma puede suprimir las garantías constitucionales que hacen esencialmente a la entidad jurídica de la potestad expropiatoria, y donde concederle a dicha cláusula efecto derogatorio del proceso de revocatoria significaría suprimir la garantía del debido proceso (llamado a verificar la causa invocada y determinar la cuantía de la lesión patrimonial) y la garantía de previa indemnización (que conforma el título de atribución patrimonial al expropiante); (b) en tanto simple expresión de la potestad reglamentaria (artículo 96.1 de la Constitución), en ningún caso puede atribuirse a la cláusula de sumisión una capacidad derogatoria del proceso de revocatoria establecido por la Ley a que se debe (artículo 6 de la Ley 1700), ya que, obviamente, un reglamento no puede alterar los derechos definidos por la ley que debe limitarse a desarrollar; (c) desde que es expresión de la potestad reglamentaria, la cláusula de sumisión es un acto propio de la Administración, y en ningún caso la Administración puede dar por configurada una renuncia al proceso de revocatoria y a la indemnización condigna con la lesión patrimonial generada, como derivación de sus propios actos, toda vez que ello importaría obligar a soportar a determinados administrados una carga desproporcionada en servicio del interés colectivo, con manifiesta violación del principio de igualdad a que se contrae el artículo 6.I de la Constitución, pues si ya la expropiación es de suyo considerada como una intromisión en

la esfera patrimonial de los particulares que sólo puede justificarse en nombre del bienestar general, y si la indemnización comporta desde ya un sacrificio, porque en términos reales nunca compensa todos los valores que declinan con la privación del bien, alegar una renuncia a la indemnización por parte del expropiado con base en las inferencias que la Administración hace de sus propios actos, supone pretender gravar al expropiado con una carga desproporcionada, excediendo largamente los límites del régimen exorbitante que rige las relaciones entre la Administración y los administrados que con ella contratan, ya que la posición de preeminencia de la Administración respecto al concesionario forestal está limitada por la propia Constitución, que, honrando el principio de igualdad ante la ley, no tolera la imposición de cargas desproporcionadas, cualquiera que fuera su naturaleza o denominación; (d) ciertamente una ley podría prever la eventualidad del allanamiento voluntario del expropiado ante una declaratoria de expropiación y aún su renuncia a percibir la indemnización¹², pero ninguna ley podría hacer renunciar de antemano a un administrado a que el acto de declaratoria se produzca ni a que se agote el procedimiento de expropiación (el proceso de revocatoria en este caso), puesto que es precisamente dicho procedimiento el llamado a verificar la constitucionalidad de la causa invocada en la declaratoria, y que el mismo constituye el presupuesto necesario para que el titular considere la eventualidad de formular renuncia a percibir la indemnización; (e) la renuncia a percibir la indemnización condigna con la lesión patrimonial sufrida sería enteramente válida si constituyese un acto de liberalidad del expropiado, pero entonces tendría que tratarse, en efecto, de un acto de liberalidad, por lo que, si en ningún caso sería jurídicamente válida una norma que tácitamente hiciera renunciar al administrado a la garantía constitucional de no ser expropiado sino previa declaratoria, agotamiento del debido proceso y pago de la indemnización, tampoco lo sería una norma expresa que no se atuviera a una manifestación de voluntad que importe el consentimiento informado del administrado en dicho sentido —jurídicamente, la renuncia a percibir la indemnización sólo puede tenerse por tal si obedece a una manifestación de voluntad del renunciante, habida cuenta que importaría un acto de liberalidad, y ningún acto de liberalidad, y menos el severamente gravoso para la integridad patrimonial del sujeto que la formula, puede tener existencia jurídica sin la expresión volitiva en que el mismo consiste— es decir, formulado a sabiendas de los efectos de sus declaraciones

¹² Cfr. Voto disidente, STC 0074/2007R, de 13 de febrero de 2007.

(consentimiento expreso) o de sus actos (consentimiento tácito), por lo que suponer tal consentimiento en base a los actos propios de la Administración, implica suponer que la Administración tiene el derecho de disponer del patrimonio de los administrados, lo cual, desde luego, está constitucionalmente vedado; y, (f) en la medida que su conformidad con la Ley y la Constitución es condición de validez de un reglamento, pretender que la cláusula de sumisión dice de renuncia al proceso de revocatoria, es pretender que la Administración puede violentar el derecho de los administrados a la seguridad jurídica, ya que, de una parte, y a despecho del artículo 96.1 de la Constitución, la potestad reglamentaria sí podría contrariar la Ley (artículo 6 de la Ley 1700), y, de otra, también podría contrariar el artículo 22.II de la propia Constitución.

5. Respecto al alcance de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley INRA que dice “en relación a las dieciséis (16) solicitudes de Tierras Comunitarias de Origen, interpuestas con anterioridad a esta ley, se dispondrá su inmovilización respecto a nuevas solicitudes y asentamientos, respetando derechos adquiridos legalmente por terceros”, el texto “respetando derechos adquiridos legalmente por terceros” no implica, como se ha llegado a sostener, que la concesión forestal de fecha anterior sea oponible al posterior saneamiento del derecho de propiedad, sino que desde la inmovilización en adelante debe ser respetada en tanto y en cuanto concesión forestal, mientras jurídicamente no se le ponga fin mediante el correspondiente proceso de revocatoria.
6. Respecto al carácter preferente del derecho de propiedad sobre el derecho de concesión sólo en los casos en que ya exista un título que ampare el derecho propietario, tal planteamiento no resiste análisis jurídico, por cuanto: (a) la previsión de la Segunda Disposición Final de la Ley INRA, concordantemente con el carácter de ley de regularización de la propiedad agraria de dicho cuerpo normativo (artículo 2), no se refiere a un conflicto de títulos sobre distintos derechos, sino de institutos jurídicos distintos, a saber, entre el derecho de propiedad y el de concesión para la hipótesis de que concurrieran sobre una misma área; para cuyo caso dispone, en lectura jurídica, que prevalece la declaración o constitución del derecho de propiedad, sobre el derecho de concesión que previamente hubiese sido constituido, y en el entendido que respecto a la parte sobrepuesta el derecho de concesión deberá resolverse conforme a la Ley de la materia (proceso de revocatoria); (b) al

plantearse que se refiere a un conflicto de títulos, se estaría pretendiendo que una sola disposición final de la Ley tiene efecto derogatorio no sólo de toda la Ley, en la medida que su objeto es precisamente la regularización de la propiedad agraria —gran parte de ella sin título—, sino también de los artículos 166, 169 y 171.I de la Constitución, pues bajo ese argumento el INRA no podría dar cumplimiento a los artículos 66 y 67 de su Ley respecto a dictar resoluciones de carácter constitutivo a favor de poseedores legítimos y con verificada vocación dominial; (c) en la misma línea de reducción al absurdo, el INRA sólo podría titular a los pueblos indígenas que acreditaran con un título preexistente la ocupación ancestral de sus tierras comunitarias de origen, lo que, además de conllevar una evidente contradicción en los términos (pues a este respecto, y bajo la autoridad del artículo 171.I de la Constitución, la Ley trabaja con el supuesto de que es lo segundo lo que amerita lo primero), implicaría la banalidad de facultarla a otorgar el derecho de propiedad sólo a quienes ya lo tuvieran otorgado.

7. No resiste análisis jurídico sostener que, en el caso de propiedades agrarias o tierras comunitarias de origen superpuestas a concesiones forestales, el Director Nacional del INRA incurre en delito de resoluciones contrarias a la Constitución y las leyes (artículo 153 del Código Penal) al disponer la titulación de tierras sin haberse agotado previamente el proceso de revocatoria de concesiones (artículo 6 de la Ley 1700 y artículos 9 a 22 de su Reglamento General), por cuanto: (a) al disponer la titulación, y aún proceder a la misma, dicho funcionario no hace más que ejercer regularmente una competencia tasada y reglada que le fue atribuida por la Ley de la materia, y cuyo incumplimiento más bien lo tornaría incurso en el delito de incumplimiento de deberes tipificado por el artículo 154 del Código Penal; (b) dado que la propiedad y la concesión son derechos autónomos emergentes de competencias distintas, legalmente sólo incumbe al INRA resolver sobre el primero, y más bien usurparía funciones si entrara a conocer sobre el segundo; y (c) tanto como sólo a la conclusión del proceso de saneamiento se tiene el dato cierto, porque jurídicamente firme, sobre las áreas efectivamente superpuestas a concesiones forestales, sólo a resultas de dicho proceso tales concesiones pueden ser materia de los correspondientes procesos de revocatoria, a iniciativa de la autoridad que las otorgó y por pedido de la que requiere el área para titularla en propiedad (el INRA).
8. No resiste análisis jurídico sostener que el Superintendente Forestal incurre en delito de resoluciones contrarias a la Constitución y las

leyes al permitir que el INRA titule tierras superpuestas a concesiones forestales, pues el modo comisivo del artículo 153 del Código Penal sólo se materializaría en el caso de que dicho funcionario procediera a reducir las concesiones sin haberse agotado previamente el proceso de revocatoria, ya que sólo entonces estaría violando el artículo 6 de la Ley 1700 y, con ello, los correspondientes derechos fundamentales acordados por la Constitución (no ser privado de ningún derecho de contenido patrimonial sin previa expropiación conducida conforme a las reglas del debido proceso, no ser obligado a soportar cargas desproporcionadas en nombre del interés colectivo, y seguridad jurídica).

IV. Conclusiones y recomendaciones

1. Dado que la cláusula de sumisión al saneamiento legal no exime de agotar el proceso de revocatoria normado por el artículo 6 de la Ley Forestal y los artículos 9 a 22 de su Reglamento General, y que la propiedad y la concesión son derechos jurídicamente autónomos, subsistiendo la concesión como carga de la propiedad mientras no sea resuelta mediante el respectivo proceso de revocatoria, los títulos de dotación deberían ser emitidos con cláusula expresa sobre la carga que soportan hasta la resolución firme que cause estado de revocación en el derecho de concesión.
2. Ciertamente como es que el derecho exclusivo al aprovechamiento del vuelo forestal acordado por la Ley tanto a los titulares de propiedades privadas como a los de tierras comunitarias de origen (artículo 32.I y II de la Ley 1700), no dice de desconocimiento de las concesiones otorgadas con antelación al saneamiento legal de la tierra, por tratarse de derechos adquiridos que vienen como carga llamada a subsistir mientras no sea legalmente levantada, también lo es que en cualquier clase de titular el ejercicio del dominio pleno sobre las tierras que le fueron tituladas es una expectativa natural y legítima. En consecuencia, la recomendación no puede ser otra que la pronta revocatoria en derecho de las concesiones forestales afectadas por dotaciones.
3. A fin de no agobiar a la Administración con el desembolso financiero que importa el pago de las indemnizaciones, sería recomendable explorar, conjuntamente entre las instituciones públicas concernidas y los afectados por las superposiciones, soluciones alternativas o complementarias al pago en efectivo. Entre tales soluciones podrían ser consideradas, por ejemplo, plazo suficiente de continuidad de operaciones para

recuperar las inversiones, entrega sucesiva de cuarteles aprovechados, entrega adelantada de una porción convenida por las partes, reubicar o compensar áreas, alianzas para el aprovechamiento conjunto, etc. En todo caso, es claro que dichas soluciones sólo podrían ser aplicadas en el marco regular del proceso de revocatoria, y específicamente en la fase de trato directo, para la que el Reglamento General de la Ley 1700 prevé la posibilidad de “hallar de mutuo acuerdo alternativas legalmente viables” (artículo 22.I.e) y que “la fase de trato directo se declarará concluida por avenimiento o propuesta concertada” (artículo 22.I.i).

4. Son extremos jurídicamente ciertos: (a) que el Director Nacional del INRA no incurre en el delito tipificado por el artículo 153 del Código Penal al disponer la titulación de tierras total o parcialmente superpuestas a concesiones forestales, por cuanto con tal acción no hace más que proceder en ejercicio regular de una competencia que le es atribuida por la Ley especial de su materia, y al omitir todo conocimiento sobre el derecho de concesión no hace más que abstenerse de usurpar una competencia que, a su turno, es atribuida al Superintendente Forestal por la Ley especial de su materia; (b) que mucho menos puede reprocharse tal delito al Superintendente Forestal en razón de resoluciones dictadas por el Director Nacional del INRA, y que, por lo demás, constituyen el presupuesto necesario para el inicio de actuaciones por parte del primero, en la medida que sólo las resoluciones firmes del segundo brindan certeza jurídica sobre las áreas superpuestas que deben ser objeto del proceso de revocatoria; de manera que sólo si dispusiera la reducción de las concesiones sin agotar el proceso de revocatoria dispuesto por el artículo 6 de la Ley 1700, arraigado en el artículo 22.II de la Constitución y las demás garantías fundamentales que se llevan analizadas, la máxima autoridad ejecutiva (MAE) de la Superintendencia Forestal sería pasible de persecución criminal por delito de resoluciones contrarias a la constitución y las leyes, y que es el modo comisivo tipificado por el artículo 153 del Código Penal.

COMENTARIOS NORMATIVOS

SOBRE LA PRUEBA CIVIL -I
(Arts. 370, 371, 372 y 383 CPC)

Orlando Parada Vaca*

I. Consideraciones preliminares.-

Una de las etapas más importantes del proceso civil es la prueba, tratado en nuestro ordenamiento en la Sección I (Principios Generales), del Capítulo VI (Prueba), del Título II (Del Proceso Ordinario). Si bien estas normas están dirigidas al proceso ordinario o de cognición, son aplicadas al resto de los procesos.

Para fundar sus alegaciones en defensa de los derechos que les son reconocidos por la norma sustantiva, las partes afirman hechos que podrán ser sometidos a prueba dentro del proceso, ante la autoridad jurisdiccional que conoce de la causa y a través de los medios establecidos por la ley procesal. Ante un determinado supuesto de hecho que implica la vulneración de un derecho reconocido por ley, se pide la subsunción de ese hecho en la norma que lo protege, con la consecuencia jurídica que aquella le confiere (Art. 327 -5, -6 y -7 CPC). El objeto de la prueba, entonces, son los hechos, las situaciones, actos y contratos en que se asientan y fundamentan las pretensiones de las partes procesales.

Pero, no basta tener el derecho ni tener razón, se deberá probar o demostrar judicialmente esa razón y ese derecho. De eso trata la prueba, de demostrar ese derecho dentro del proceso, que en muchos casos nada tiene que ver con “la verdad objetiva de los hechos”, puesto que el juzgador sólo deberá considerar para resolver el litigio, lo que consta y se ha probado en el proceso. Por ello, quien pretende el reconocimiento judicial de un derecho tiene la carga de probar los hechos que fundamentan su pretensión, así lo exige la norma sustantiva en el Art. 1283 -I CC en concordancia con el Art. 375 -I CPC y Art. 163 ACPC (Anteproyecto del Código de Procedimiento Civil).

*Director de *Juris Tantum* “Revista Boliviana de Derecho”

A partir de lo apuntado podemos extraer una primera conclusión: las fuentes de prueba, que existen antes y fuera del proceso, deben ser producidas *en el proceso* a través de todos los medios legales de prueba que están tasados y definidos en el Art. 374 CPC.

En este primer comentario, trataremos de referirnos a la apertura del término de prueba (Art. 370), la calificación del proceso y la fijación de los puntos de hecho a ser probados (Art. 371), clausura del plazo de probanzas (Art. 372) y sobre la continuidad o suspensión del período de prueba (Art. 383), todos del CPC.

II. Apertura del término de prueba.

Nuestro procedimiento civil inicia el Capítulo correspondiente a la Prueba estableciendo algunos principios generales, como es el caso de la apertura del término probatorio. La norma expresa textualmente:

Art. 370 CPC.- (APERTURA DEL PERIODO DE PRUEBA). Siempre que hubiere hechos por probar, pero sin conformidad entre las partes, el juez aunque ellas no lo pidieren, abrirá un período de prueba no menor de diez días ni mayor de cincuenta, según el proceso de que se tratare. Este auto será inapelable. (Arts. 36, 137, 226, 358, 390, 436, 482, 575, 619)

El Anteproyecto del Procedimiento Civil (ACPC) no contempla en su redacción ni en los principios generales (Arts. 162 a 172) norma similar que fije el período o plazo para ofrecer ni para producir la prueba ofrecida.

De la lectura del Art. 170 CPC se infiere que el legislador ha establecido algunas exigencias sobre el primer acto de la prueba: la apertura del plazo probatorio:

De las Facultades del Juez:

Es facultad del Juez abrir el período de prueba, siempre que existan hechos sobre los que no hay conformidad entre las partes. Es obligación jurisdiccional dictar resolución declarando abierto el término de prueba cuando existen hechos afirmados por una parte y negados por la otra (Art. 354 –I CPC).

Si no hay hechos controvertidos, es innecesario abrir término para probar hechos que fueron afirmados por una parte y admitidos por la otra. Ningún hecho habría necesidad de probar. Aunque esta situación es excepcional, puede presentarse perfectamente.

Aún cuando las partes no lo pidieren de manera expresa, es facultad del Juez o tribunal abrir el período probatorio, el que no deberá ser menor de diez días ni mayor de cincuenta, según el tipo de procesos de que se trate o de la amplitud requerida por los mismos hechos que requieran estar sometidos a prueba.

De acuerdo al artículo en análisis, el órgano jurisdiccional tendría dos opciones:

- a.- Determinar la apertura del plazo de probanzas y fijar el término de prueba.** Es muy improbable que las partes se nieguen a aceptar un plazo de prueba abierto por el juez. Ambas partes querrán tener la oportunidad de probar sus alegaciones.

Sin embargo, una de las partes (generalmente el demandante) puede entender que no existen hechos a probarse desde que todo consta en la documental arrimada a la demanda. Querrá en ese caso que el proceso sea de puro derecho, sin hechos a probar (Art. 354 –II CPC). En este tipo de proceso el trámite se hace más corto, con las consiguientes ventajas para las partes, en especial para el demandante.

La resolución que determina la apertura del período de prueba es inapelable dice la norma. Esta decisión legislativa implica que se le niega al demandante el derecho a recurrir, quien ante la inexistencia de hechos controvertidos, podría entender que podría prolongarse y demorarse innecesariamente el trámite del proceso, con el consiguiente perjuicio en tiempo y recursos.

Con la firmeza de la resolución y sin recurso ulterior, se tendría la posibilidad de recurrir de Amparo Constitucional al haberse cumplido con el requisito de la subsidiariedad; pero la inmediatez, tal vez, no pueda ser salvada con lo que se le otorgarían elementos al tribunal de amparo para declarar su improcedencia (Art. 19 CPE y Art. 96 LTC).

- b.- Negar la apertura del plazo de prueba.** Esta resolución sí que podría afectar los derechos e intereses de los litigantes, puesto que si consideran que existen de hechos controvertidos, querrán formular el reclamo e impugnación correspondiente pidiendo que se abra un plazo para probar esos hechos contrapuestos.

Como la norma guarda silencio al respecto, podríamos entender que no se niega la posibilidad de apelar el Auto que deniegue la apertura

del término probatorio. En interpretación sistemática con el Art. 371 CPC, la apelación tendría que ser en el efecto devolutivo, sin ulterior recurso.

Al no permitirse recurrir de casación sobre estas resoluciones, la jurisprudencia ordinaria es creada y desarrollada en las Cortes Superiores de Distrito con las consiguientes dificultades para ser utilizada por los litigantes del país por: **a)** No son publicadas en ningún medio, menos en Internet y tampoco están catalogadas; **b)** No existe uniformidad de criterios interpretativos ni siquiera entre las diferentes salas de cada una de la cortes distritales.

III. Los Puntos de hecho a ser probados.

Una vez decidido por el juez la apertura del término de prueba, deberá fijar o determinar los puntos de hecho que las partes tendrán la carga de probar en el transcurso del término de prueba.

Art. 371 CPC.- (FIJACION DE LOS PUNTOS DE HECHO A PROBARSE). Al sujetarse la causa a prueba el juez fijará, en auto expreso y en forma precisa, los puntos de hecho a probarse. Este auto podrá ser objeto por las partes dentro de tercero día y dará lugar a pronunciamiento previo e inmediato. Podrá ser apelado en el efecto devolutivo sin recurso ulterior. (Arts. 137, 353, 381, 431, 482)

Si el Juez o tribunal considera que existen hechos controvertidos que requieren prueba, deberá fijar de manera precisa (exactamente qué hechos deben probar cada una de las partes) y por auto expreso, los puntos de hecho a probarse. Estos hechos sujetos a prueba deberán guardar coherencia con lo expresado en el comentario del artículo anterior; pero debemos agregar que, las facultades del juez están limitadas puesto que sólo podrá requerir prueba de los hechos alegados por las partes, ya que, por el principio dispositivo y de aportación de parte, son las partes la únicas que pueden aportar los hechos al proceso.

La norma exigiría, además, que los hechos que integren el fundamento de la petición de una de las partes deban ser relevantes o importantes para la decisión sobre los derechos en discusión dentro del proceso, puesto que, un hecho aunque afirmado por una parte puede carecer de relevancia para resolver la cuestión litigiosa y, por tanto, hacer innecesario someter a prueba alguna ese hecho en particular. En otros términos, la prueba debe estar referida a hechos conducentes para la decisión o fallo final sobre la causa.

El Art. 168 ACPC le otorga facultades al juez para rechazar el diligenciamiento (producción) de las pruebas manifiestamente ajenas a los hechos controvertidos y, al momento de dictar sentencia, rechazar las impertinentes al objeto del proceso.

1.-Hechos que necesitarán probarse:

Deberán ser sometidos a prueba los hechos que sean controvertidos, es decir, aquellos que afirmados por una parte fueron negados o, por lo menos, no admitidos por la otra parte. Quien requiera la actividad jurisdiccional en busca de la protección de un derecho debe afirmar hechos que justifiquen la acción judicial y tiene la carga de probar sus aseveraciones (Art. 1283 –I CC). De manera concordante, también lo exige así la norma procesal en el Art. 375 –I CPC y Art. 163 -I ACPC.

El proceso existe para dirimir controversias, pero puede darse el caso que, aún existiendo controversia entre las partes respecto a los derechos reclamados, el proceso se trate de puro derecho, esto es, que no hayan hechos que requieran ser probados, situación que se verificaría, por ejemplo, ante la presencia de prueba preconstituida.

El Art. 162 –II ACPC estipula que también requieren de prueba los hechos expresa o tácitamente admitidos, si así lo dispone la ley. Esta es una novedad que contempla en Anteproyecto para evitar, consideramos, casos de colusión entre las partes en perjuicio de tercero.

Ante la ausencia de hechos sin conformidad entre las partes, el proceso podrá ser calificado como de puro derecho (Art. 354 –II CPC), debiéndose correr nuevos traslados (con esa resolución) para ser contestados dentro del plazo de diez días, a menos que formulen renuncia a ese derecho. En este caso, se entiende, podría no abrirse plazo de prueba o, en su defecto, éste podría ser apenas incidental, lográndose agilizar el proceso.

Aunque el Art. 354 CPC no se pronuncia de manera expresa, debemos entender que la resolución que califica el proceso como ordinario de puro derecho puede merecer recurso de apelación, el que podría que ser concedido en el efecto devolutivo (Art. 225 -3 CPC) o en el efecto diferido (Art. 24 -4 LAPCAF).

Si bien las normas no son lo suficientemente claras, debiéramos entender que el efecto apropiado para resolver ese recurso tendría que ser el devolutivo. No tendría sentido esperar hasta la sentencia para fundamentar el recurso y esperar su resolución.

2.-Hechos que no requieren de prueba:

En el proceso, generalmente el ordinario de hecho, existen hechos que podrían no precisar de probanza alguna.

a.-Hechos admitidos o no negados por la otra parte.-

Los hechos que afirmados por una parte no son negados por la otra parte, no se constituyen en hechos controvertidos y, por tanto, no necesitan formar parte del objeto de la prueba. Sin hechos requeridos de prueba, el proceso podrá ser calificado de puro derecho (Art. 354 –II CPC). La excepción a esta regla la contempla el Art. 162 –II ACPC sobre la necesidad de someter a prueba, aún los hechos admitidos por la otra parte.

Por mandato del Art. 346 -1), -2) y -3) CPC en la contestación el demandado: **1)** tiene la obligación de reconocer o negar de forma explícita los hechos expuestos en la demanda; **2)** deberá pronunciarse sobre los documentos arrimados a la demanda; y, **3)** exponer los hechos en que se funda su defensa; esta última exigencia está en estrecha relación y concordancia con el precepto contenido en el Art. 1283 –II CC, Art. 375 –II CPC y Art. 163 –II ACPC que establecen como carga procesal esta obligación del demandado que viene a ser la misma exigencia para el demandante (Art. 327 CPC).

b.-La confesión del demandado.-

Los hechos admitidos y reconocidos de manera clara y positiva por el demandado se los tendrá como confesión y tampoco necesitarán formar parte del objeto de la prueba. Esto es, no requieren de prueba alguna. Así lo previene el Art. 347 CPC estableciendo que, en este caso, el juez pronunciará sentencia sin necesidad de otra prueba ni trámite. Previene además que, en caso de confesar sólo una parte –algunos hechos-, sólo esa parte se la tendrá por probada, debiéndose someter a prueba los demás hechos no confesados y sobre los cuales exista controversia.

El ACPC trata sobre la confesión y el juramento en los Arts. 182 al 194 pero al referirse a su alcance procesal, los hechos que puedan estar contenidos en ambos medios de prueba (confesión y juramento) no los exime de prueba de manera expresa. La confesión judicial (Art. 188 ACPC) es el único medio al que le confieren efectos procesales específicos.

c.-Los hechos notorios.

La notoriedad es un concepto bastante relativo, pero la relación está referida a los hechos que por su trascendencia, la cultura de las partes y el lugar de residencia del juez o tribunal y las partes, hacen que se presuma un efectivo conocimiento de un suceso o hecho determinado. Eso sucede, por ejemplo, ante una catástrofe natural (inundaciones y afectación de caminos y carreteras), la muerte de un personaje público como René Barrientos o Max Fernández, por ejemplo.

El Art. 164 –1 ACPC libera de la carga de probar los hechos notorios, los que define como que son conocidos por la generalidad de las personas del término medio, siempre que no constituyan el fundamento de la pretensión y no sean admitidos por las partes. En el inciso 2 del mismo artículo, el ACPC se refiere a los hechos evidentes que serían aquellos cuya existencia se acreditan por sí mismos.

d.-La presunción legal.-

Los hechos a los cuales la ley les confiere el valor de presunción legal (Art. 1318 – I, II y IV CC), no necesitan ser sometidos a prueba; esto es, no es necesario que formen parte del objeto de la prueba.

Si bien las presunciones no requieren de prueba, deberá acreditarse el hecho en que la presunción se apoya. Las presunciones, expresa el Art. 164 -3 ACPC, no admiten prueba contraria, salvo los casos expresamente señalados por ley. La cosa juzgada, por ejemplo, deberá estar acompañada de la sentencia respectiva (Art. 340 -2 CPC)

e.- Las alegaciones del Derecho.-

Las normas de derecho sustantivo o procesal no requieren de prueba alguna. Por el principio *iura novit curia*, el juez debe conocer el Derecho y aplicarlo aún cuando las partes no lo hayan citado o alegado de manera expresa.

Situación y tratamiento diferente es cuando se pide la aplicación de normas de Derecho extranjero o normas de Derecho Internacional, de la costumbre y del Derecho histórico o no vigente. En estos casos, deberá acreditarse la existencia de dichas disposiciones.

El derecho aplicable, al margen de su nacionalidad, no requiere prueba previene el Art. 167 ACPC. En este caso, agrega, las partes y el juez podrán acudir a todo procedimiento para acreditarlo.

3.-Recursos:

Permite y otorga la norma que las partes puedan objetar esta resolución dentro de tercero día, la que dará lugar a pronunciamiento previo e inmediato. Esta resolución podrá ser recurrida de apelación devolutiva sin recurso ulterior, lo que implica que no llegará a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia. La jurisprudencia, entonces, la crean los tribunales intermedios: Juez de Partido ante apelación del Juez Instructor y Cortes Distritales ante fallos recurridos del Juez de Partido.

Dado que la norma no es lo suficientemente clara, podrían dictarse tres Autos distintos: primero, el que traba la relación procesal y califica el proceso como ordinario de hecho o de puro derecho (Arts. 353 y 354 CPC); segundo, el de apertura del término de prueba (Art. 370 CPC); y, tercero, el que sirve para fijar los puntos de hecho a probarse (Art. 371 CPC).

Normalmente, sin embargo, en el mismo Auto el Juez traba la relación, califica el proceso, abre el término de prueba y fija los puntos de hecho a probarse durante la vigencia del plazo probatorio. Es decir, la decisión a que hace referencia el Art. 353, el Art. 354, el Art. 370 y aquel contemplado en el Art. 371 del procedimiento, pueden estar contenidas en una misma resolución. Sería innecesario que se emitan varias resoluciones separadas.

Resulta, sin embargo, que mientras el Art. 370 niega toda posibilidad de recurrir esa resolución, el Art. 371 confiere y permite objetarlo en el término de tres días. Ambas normas son, aparentemente, contradictorias. Pero sólo se trata de una apariencia puesto que, aunque se pronunciara una sola resolución, ésta contendría dos aspectos diferentes.

El Auto que determina que existen hechos que deberán estar sometidos a prueba (y que califica el proceso como de hecho en el caso del ordinario) y que abre y fija un período de probanzas (Art. 370 CPC), es inatacable por las partes. Sin embargo, si en la misma resolución se fijan los puntos de hecho que las partes deberán probar, esos hechos podrán ser objetados por las partes (Art. 371 CPC) dentro de los tres primeros días de haber sido notificados.

Esta norma está en directa relación con lo establecido en el Art. 353 CPC, norma que hace referencia a la traba de la relación procesal (presentada la

demanda y reconvencción y las debidas respuestas de ambas) y el Art. 354 CPC que trata sobre el plazo de prueba y la calificación del proceso en ordinario de hecho cuando existieren hechos contradictorios (Inciso I) o de puro de derecho (inciso II) ante la ausencia de hechos controvertidos.

Por otro lado, no queda suficientemente claro si la objeción a los puntos de hechos fijados por el Juez interrumpe o suspende el plazo del término de prueba y, principalmente, para ofrecer la prueba (Art. 379). De ser así, planteada la objeción, deberá esperarse la resolución sobre dicha objeción para sólo a partir de ese momento contabilizar de nuevo el plazo para ofrecer la prueba (Art. 379) y los términos para producirla (Art. 370).

El imperativo del artículo para que la objeción articulada por alguna de las partes sea resuelta mediante pronunciamiento previo e inmediato, pareciera indicar que los plazos se suspenderían y que debería contabilizarse el plazo a partir de la notificación con el Auto que ha resuelto sobre las objeciones interpuestas.

Sin embargo, la suspensión de plazos a la que hacemos referencia se encuentra expresamente prohibida por el Art. 383 CPC, norma sobre la que, desde ya, adelantamos su comentario.

Art. 383.- (CONTINUIDAD DEL PERIODO DE PRUEBA). El periodo de prueba no se suspenderá por ningún incidente ni recurso. (Arts. 141, 148)

Planteado en estos términos, parece ser definitivo que las posibles objeciones a los puntos de hecho fijados por el juez y la resolución que se pronuncie sobre dicho incidente no interrumpe ni suspende el plazo probatorio en general al que se refiere el Art. 371 CPC como tampoco el plazo para ofrecer la prueba a que se refiere el Art. 379 CPC y sobre el que comentaremos más adelante.

Esto significaría que, notificadas las partes con el Auto que fija los puntos de hecho que, a criterio del juzgador deberán ser sometidos a prueba, a partir del día siguiente les correría el plazo de cinco días para ofrecer sus pruebas.

El incumplimiento de esta carga procesal podría significar el castigo con la preclusión a ofrecer prueba y, por tanto, se vería imposibilitado de producir una prueba que no fue oportunamente ofrecida, con el consiguiente perjuicio a la parte afectada.

Sin embargo, la norma sólo prohíbe la suspensión del término de prueba por incidentes o recursos. Puede interpretarse, entonces, que el período de

prueba puede suspenderse durante la vigencia de las vacaciones judiciales o por circunstancias de fuerza mayor (Art. 141 CPC) o por expreso acuerdo de partes, por una sola vez y por un plazo no mayor a los noventa días (Art. 148 CPC).

El Art. 172 ACPC previene que toda resolución sobre producción, rechazo y diligenciamiento de la prueba, será apelable en el efecto diferido.

IV.- Clausura del plazo probatorio.-

El último elemento a considerar en este primer comentario normativo sobre la prueba, hace referencia al cierre o clausura oficial del período de probanzas.

Art. 372 CPC.- (CLAUSURA DEL PERIODO DE PRUEBA). El periodo de prueba podrá ser clausurado antes de su vencimiento si todas las pruebas se hubieren completado o las partes renunciaren a las pendientes. (Art. 394).

Fijado por el juez el período probatorio entre diez y cincuenta días (Art. 370 CPC), podrá ser clausurado antes del tiempo estipulado si todas las pruebas ofrecidas fueron producidas por las partes o, quedando alguna pendiente, la parte que la ofreció renuncia a que sea llevada al proceso.

En el proceso civil rige el principio dispositivo, lo que implica que las partes pueden disponer de sus derechos sustantivos o procesales y, por tanto, tienen la facultad de ofrecer y pedir la producción de esa prueba en el proceso como también de renunciar a producir alguna prueba aún habiendo sido ofrecida, no objetada por la otra parte y admitida por el juez.

De la interpretación sistemática del instituto en estudio en relación con el Art. 394 –I CPC se infiere que, cumplido el plazo de prueba fijado por la autoridad jurisdiccional, el período probatorio debe ser clausurado de oficio sin necesidad de petición de parte, salvo el período extraordinario a que hacen referencia los Arts. 386 y 387 del mismo compilado.

IMPROCEDENCIA E INADMISIÓN DE LA DEMANDA

Orlando Parada Vaca*

En los procesos ordinarios es frecuente que, al trabar la relación procesal, los jueces fijen como uno de los puntos de hecho a probar: *la procedencia de la acción* y que, luego, en la sentencia declaren la *Improcedencia de la acción* pero, además, resuelvan sobre el fondo. Por las razones que se apuntan, consideramos que esa resolución tal vez no sea la más adecuada.

En cumplimiento de sus deberes y como director del proceso, el juez debe examinar el cumplimiento de los presupuestos y requisitos procesales antes de tramitar una causa. El incumplimiento de presupuestos procesales da lugar a una resolución de improcedencia de la pretensión, mientras que la falta de cumplimiento de los requisitos procesales origina la inadmisión de la demanda. La pretensión está contenida en la demanda.

Los presupuestos se refieren a determinadas condiciones procesales de la pretensión y que hacen a la vida del proceso en general, en abstracto. Los requisitos son las exigencias respecto a las formalidades de la demanda, en concreto. No existen normas que permitan la declaratoria de improcedencia o de inadmisión; esa facultad se encuentra en normas dispersas que exigen al órgano judicial realizar un examen jurídico procesal de la pretensión y de la demanda. Además, por la disposición transitoria segunda de la Ley 1760, los jueces tienen el deber de sanear el proceso –ordinario- a tiempo del ingreso a la fase probatoria.

Ante la ausencia de algún presupuesto en la pretensión deberá declararse la improcedencia o el juicio “*in limine litis*”, puesto que no podrá dictarse sentencia. Existen presupuestos respecto al órgano judicial como la jurisdicción y la competencia objetiva, funcional o territorial cuando éste no es prorrogable. No se podrá asumir el conocimiento de una causa con ausencia de jurisdicción y competencia, por ejemplo. Este defecto es insubsanable, excepto la competencia territorial cuando sea prorrogable.

* Director de *Iuris Tantum* “**Revista Boliviana de Derecho**”.

De otro lado están los presupuestos respecto de las partes, como la capacidad para obrar, capacidad procesal, la representación y el litisconsorcio necesario activo. Algunos de estos elementos pueden ser examinados de oficio por el juez y ordenar se subsanen en plazo prudencial.

Finalmente, entre los presupuestos en cuanto al objeto del proceso podemos citar la litispendencia, la caducidad de la acción, la cosa juzgada, la cláusula de arbitraje, la ausencia de interés legítimo y la falta de acción, entre otros. La anulabilidad, por ejemplo, sólo puede ser accionada por quien demuestre legítimo interés (Art. 551 CC); la negación y desconocimiento de paternidad sólo puede demandarla el marido y contra la madre y contra el hijo (Arts. 186, 187 y 189 CF); el ordinario posterior sólo puede accionarse por una de las partes del juicio ejecutivo o coactivo anterior (Art. 490 CPC y 28 Ley 1760); la acumulación impropia de acciones puede dar lugar a su inadmisión (Art. 328 CPC) cuando se plantea la nulidad y anulabilidad y son presentadas, ambas, como principales y no de forma alternativa. Por otro lado, el derecho sustantivo no reconoce la acción para demandar el pago de una deuda contraída por juegos prohibidos (Art. 910 CC). Estos presupuestos son insubsanables. No existe acción o cause procesal para satisfacer dicha pretensión.

Como las normas procesales son de Derecho Público, en cualquiera de estos casos se debiera declarar la improcedencia *in limine* o inicial de la pretensión ya que se estará impedido de pronunciar resolución sobre el fondo. Es cierto que no siempre el juez está en posibilidades de conocer la ausencia de alguno de esos presupuestos, como es el caso de litispendencia, la cosa juzgada y la caducidad, casos en los cuales el demandado tiene la carga procesal de alegarlos como excepciones o en la contestación.

Respecto a los presupuestos procesales podemos resumir lo siguiente: los presupuestos procesales hacen a la pretensión y su ausencia puede dar lugar a una resolución de improcedencia *in limine litis*. En caso que, por descuido del órgano y negligencia de la parte, se haya tramitado el proceso dará lugar a una sentencia meramente procesal sin posibilidad de pronunciamiento sobre el fondo. La sentencia será de absolución en la instancia sin resolver sobre la pretensión incoada; sin embargo, no podrá intentarse otro proceso mientras no se subsane el defecto.

En cuanto a los requisitos de la demanda, la mayor parte de éstos se encuentran estipulados en el Art. 327 CPC, pero existen otros en normas dispersas como es el caso del Art. 92 CPC que exige que los memoriales deban estar redactados en español, con los timbre de ley y firmados por la parte

presentante; el Art. 93 del mismo compilado exige la firma de abogado; y el Art. 101 obliga a constituir domicilio procesal. Además, el Art. 330 exige que se arrimen con la demanda, la prueba documental que curse en poder del demandante pues sólo se admitirán documentos de fecha posterior o, siendo anteriores, bajo juramento de no haber tenido antes conocimiento de ellos.

No existe norma que permita al juez inadmitir o rechazar la demanda, tal vez porque ello podría provocar indefensión y violación del derecho de petición, de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. En todo caso, el Art. 333 CPC permite al órgano judicial que, ante el incumplimiento de los requisitos del Art. 327, pueda ordenar se subsanen los defectos bajo apercibimiento de tenerse por no presentada la demanda. Cuando ese defecto no es percibido por el juez, el demandado tiene la carga procesal de alegarlo.

Dentro de los requisitos del Art. 327 CPC, los primeros cuatro incisos son de carácter formal; los otros cinco son más de fondo y tienen que ver con la fijación concreta de la pretensión y el objeto del proceso. El incumplimiento de cualquiera de esos requisitos dará lugar a que el juez ordene se subsanen en tiempo prudencial, de lo contrario merecerá resolución de inadmisión o rechazo de la demanda.

Respecto a los requisitos es posible resumirlos así: éstos hacen a las formalidades de la demanda y su incumplimiento puede dar lugar a un Auto de inadmisión o de rechazo. El demandado, por su parte, tiene la carga procesal de alegar su ausencia, caso el juez no lo haya percibido. Como el proceso no se ha tramitado, no se ha resuelto sobre el fondo y, por tanto, no habrá cosa juzgada ni podrá alegarse litispendencia.

La distinción entre presupuestos y requisitos y, respecto de las resoluciones que les corresponden, sea de improcedencia o inadmisión y rechazo, están establecidas para el caso del recurso de amparo en los Arts. 96 al 98 de la Ley del Tribunal Constitucional. Ante la concurrencia de un defecto en los presupuestos definidos en el Art. 96, la resolución será de *improcedencia in limine*. Ante el incumplimiento en los requisitos de forma y contenido estipulados en el Art. 97, podrá dictarse resolución de rechazo, si no se han corregido los defectos formales; los de contenido son insubsanables.

ENTRE LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD

Orlando Parada Vaca*

En una de las últimas Tertulias Jurídicas que se desarrollan con el auspicio de la Revista Boliviana de Derecho, se discutió sobre la legitimidad que ofrecen las movilizaciones populares y el marco de legalidad que les exigen las leyes.

Llegados al poder con el apoyo de grupos sociales tradicionalmente marginados, principalmente campesinos e indígenas, la mayor parte de los actos gubernamentales han estado sustentados en la fuerza que representan esos grupos sociales movilizadas bloqueando calles y carreteras. La legalidad pasó a segundo plano. No hace falta la ley si se cuenta con esa legitimidad, puesto que ésta sería anterior y superior a la Ley.

Con estos criterios, el Ejecutivo desarticuló al Tribunal Constitucional. Quedamos todos a merced del Gobierno, de los actos administrativos del Poder Ejecutivo. Nadie puede cuestionar la constitucionalidad de los actos gubernamentales. Si ésta era la pretensión, los resultados no fueron los esperados.

En los departamentos donde la oposición ganó las últimas elecciones, los Prefectos también se aprovecharon de esa situación y han convocado a la población de sus respectivas regiones a votar por sus Estatutos Autonómicos, como un primer paso para lograr las autonomías departamentales. Dado que no existe órgano que pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad de esos actos plebiscitarios, el gobierno no pudo impedir el de Santa Cruz. **Hubo referéndum el pasado 4 de mayo.**

Nos debatimos entre la legitimidad y legalidad de los actos del Ejecutivo y los Prefectos; pero ese dilema no es más que una apariencia puesto que, entre legitimidad y legalidad, más que dicotomía excluyente, se verifica una simbiosis jurídica. El sustento y fundamento del Estado de Derecho es el sometimiento de los tres poderes del Estado a la legalidad, dado que el propio Poder Legislativo se encuentra sometido a la Constitución.

*Director de *Juris Tantum* "Revista Boliviana de Derecho"

Recordemos que la legitimidad tiene su origen en el concepto político de soberanía. El Estado-Nación, marca el nacimiento del Estado de Derecho, la Nación sustituye al Rey como titular del Poder y de la soberanía. Así lo expresa la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC) de 1789 en su Art. 3º: “*El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ninguna corporación o estamento, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella*”.

La soberanía deja de estar en manos de un hombre, que es sustituido por la Nación, única titular de la soberanía. De ella emanan todos los poderes que sólo podrán ser ejercidos por delegación, a través de los representantes que conforman el cuerpo legislativo (Art. 2º Constitución Francesa de 1791 y Art. 2º CPE)).

Así, los miembros del Poder Legislativo se constituyeron en depositarios de la soberanía, por delegación. Son ellos los representantes del pueblo y como tales son los titulares del poder, pero ese poder del pueblo sólo podrá ser ejercido a través de la Ley. “*La relación entre el poder que los ciudadanos crean por el pacto social y estos mismos ciudadanos, que han de soportar el ejercicio de ese poder, ha de realizarse precisamente a través de la Ley, que es la expresión de la voluntad general,..*” (García de Enterría, E. *La lengua de los derechos*, Editorial Alianza, Madrid, 2001, p. 109). La ley, producto de la voluntad general del pueblo expresada a través de sus representantes, es también condición imprescindible para legitimar el ejercicio de la autoridad pública.

¿Pero qué es, finalmente, la Ley? Pregunta Rousseau en el Contrato Social (Libro II, Capítulo VI). La respuesta la resume Enterría (p. 117): “*La Ley es la decisión del pueblo entero, decidiendo sobre el pueblo entero, por medio de normas generales y comunes*”. “*La Ley reúne la universalidad de la voluntad y la del objeto, ahí está su milagroso mecanismo. Fruto de la voluntad general, se resuelve en mandatos necesariamente generales*”.

Si las leyes se establecen por la voluntad general a través de preceptos igualmente generales, resultará una sociedad en la que reine la libertad de cada uno de sus miembros, sin otro límite que el respeto a la libertad igual de los demás. Esos límites sólo pueden estar fijados en la ley. El Art. 32 CPE se origina, precisamente, en el Art. 4º DDHC de 1789: “*Nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni privarse de lo que ellas no prohíban*”. El ciudadano está sometido, solamente, a los mandatos de la ley.

La relación política del ciudadano con el poder ha dejado de ser una relación de sujeción o subordinación personal para convertirse en una relación jurídica de obediencia y sometimiento, únicamente, al poder de la ley. De esta manera, todo el poder público resulta estrictamente legalizado. Se trata de la legalización general del ejercicio del poder. De ahí que, la relación entre legitimidad y legalidad, más que dicotómica resulta siendo dialéctica.

El ejercicio de la soberanía como voluntad general provoca legitimación de las normas, abstractas y generales, que dictan los representantes del pueblo. La legalidad, por su parte, es el sometimiento al poder de la ley. Sólo es legítima la autoridad que emana de la ley, porque la legitimidad emana del Derecho y éste sólo puede tener vigencia y aplicación, si ha cumplido con las exigencias de legitimidad. Desde otra perspectiva, la legalidad se funda en la ley y ésta sólo será legítima si es fruto de la voluntad general, del ejercicio de la soberanía a través de sus representantes (Art. 4º -I CPE).

Ese tránsito del principio de soberanía desde el Rey hasta los Parlamentos implica también el surgimiento del principio de legalidad: *la Ley es la expresión de la voluntad general*. Pero, en los preludios de la Segunda Guerra Mundial comienza a gestarse el advenimiento del nuevo Estado Constitucional, que reemplazará al inicial Estado de Derecho (el gobierno de la Ley) y al Estado Social y Democrático de Derecho (la Ley con énfasis en los derechos sociales y políticos). Es el tránsito desde el principio de legalidad hacia el principio de constitucionalidad. Surge la Constitución como norma jurídica y, como la verdadera depositaria de la soberanía popular.

La soberanía reside en el pueblo y se expresa directamente a través del Poder Constituyente y, jurídicamente, se objetiva en la Constitución. La soberanía, entonces, reside en la práctica y respeto a la Constitución, al que están sometidos todos los órganos del Estado. El principio de constitucionalidad se encuentra frente al principio de legalidad. La Constitución, en cuanto expresión de la voluntad popular a través del poder constituyente, sintetiza la legitimidad. Los poderes públicos constituidos en base a las normas fijadas por el constituyente –incluido el poder legislativo encargado de elaborar las leyes respetando los valores, principios y derechos de la Constitución–, expresan el principio de legalidad (Talavera Fernández, Pedro, *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, Revista Boliviana de Derecho y Editorial El País, Santa Cruz, 2008, Capítulo I)

La legitimidad, en cuanto justificación del ejercicio del poder, se constituye en la razón por la cual debemos obedecer y respetar la legalidad, y sólo tiene

sentido pleno en el proceso constituyente, dado que la Constitución adquiere validez y legitimidad por el acto supremo de la voluntad general expresado a través de sus representantes elegidos para cumplir la misión de redactarla y aprobarla.

En el actual Estado Constitucional de Derecho no cabe apelar a la legitimidad para romper con el principio de legalidad o para vulnerar la propia Constitución, fuera de los cauces por ella establecidos para reformarla o para elaborar y aprobar un nuevo texto constitucional, pues ello implicaría quebrantar los principios en que se asienta el Estado de Derecho (legalidad y constitucionalidad) que podría generar una situación de fuerza que, paradójicamente, sería ilegítima.

Sin embargo, puede tener sentido apelar a la legitimidad cuando la legalidad no respeta ese conjunto de derechos, valores y principios constitucionales, convirtiendo el poder político en autoritario dado que no funciona el Tribunal Constitucional, órgano encargado del control constitucional de las leyes. En su sentido último, apelar a este tipo de legitimidad conlleva el peligroso germen de un proceso pre-revolucionario (cuestionar el ejercicio del poder). La cuestión se hace más grave cuando estos órganos se encuentran en acefalía y sin posibilidades de funcionar por falta del quórum necesario.

Nadie podría haber convocado a un referéndum al margen de la Constitución. Pero quién debió determinar su ilegalidad era el Tribunal Constitucional. Dado que éste no funciona, se creó una situación de facto paradójica: se ha recurrido a la legitimidad de los votos (la decisión del pueblo) pero con un mecanismo que vulnera la legalidad (por tanto ilegítimo). Con ello, se podría estar generando un nuevo pacto constitucional (una nueva legitimidad que deberá tener un reflejo en la nueva Constitución) pero se hace por una vía de facto (de fuerza) y no por una vía legal (aprobación del nuevo texto Constitucional).

Se trata, pues, de una guerra de legitimidades. Obviamente, el fundamento último de la legitimidad es la fuerza (la del consenso, la del voto o la de las armas). El que consiga imponerse por uno de ambos procedimientos, habrá generado un nuevo pacto y una nueva legitimidad, que de ser aceptada por la mayoría, dará lugar, bien a un nuevo modelo de Estado (federal o confederal), o en caso contrario, consolidará la estructura del actual modelo centralista, reforzando la antigua legitimidad.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Autor: Pedro Talavera
Editorial: El País
Págs.:

INTERPRETACIÓN, INTEGRACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Acaba de ver la luz una obra de referencia para teóricos del Derecho y para juristas prácticos, cuyo autor viene impartiendo regularmente clases en la maestría del Derecho civil y Derecho procesal civil de la UGRM. El profesor Talavera es Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valencia (España) y ha publicado abundantemente en ámbitos relacionados con los Derechos humanos, los derechos de minorías, la biotecnología, el multiculturalismo, etc. Incluso ha explorado campos tan sugerentes y alternativos como la relación entre la literatura y el Derecho. Esta es su primera aproximación monográfica al ámbito de la interpretación y la argumentación jurídica, con un resultado más que notable.

La pretensión del autor –según confiesa él mismo en el prólogo– no estriba en publicar un tratado para especialistas, ni tampoco en ofrecer un simple manual para estudiantes, aunque algunos de los temas son elaboraciones de los materiales que viene utilizando en la maestría. Ha intentado presentar de manera estructurada, inteligible y funcional para el aplicador del Derecho el enrevesado contenido teórico de la interpretación y la argumentación jurídica. De ahí que el trabajo no pueda calificarse de simplemente divulgativo sino de auténticamente científico, porque no ha simplificado o devaluado la profundidad de los contenidos, sino que los ha propuesto manteniendo el rigor del correspondiente aparato crítico pero con una perspectiva funcional. El resultado es especialmente atractivo por el esfuerzo del autor en presentar y desarrollar las cuestiones teóricas relativas a la interpretación y la integración de las normas jurídicas y a los elementos fundamentales de la argumentación jurídica pensando, sobre todo, en el jurista práctico, buscando ser útil para el aplicador del Derecho.

M. Atienza, uno de los autores que más ha investigado en este campo y que más se ha esforzado en hacer inteligible y funcional la aportación teórica de la argumentación jurídica, reconocía en una de sus obras más conocidas –*Las razones del Derecho*– que, pese a la importancia que los operadores jurídicos otorgan a la

capacidad de argumentación, (como una de las cualidades que distinguen al “buen jurista”), pocos han leído o estudiado algún libro relacionado con esta materia y, probablemente, ninguno conoce la existencia de un ámbito específico del saber, incluido dentro de la Teoría del Derecho, denominado *teoría de la argumentación jurídica*. Las causas de este desconocimiento quizá no estén lejos de la excesiva abstracción y la complicada semántica de quienes afrontan el Derecho desde una perspectiva analítica: se expresan de manera increíblemente compleja y hacen un uso masivo del lenguaje formalista propio de la lógica proposicional, que difícilmente puede traspasar el campo de discusión entre especialistas para convertirse en pauta de actuación real para los aplicadores del Derecho. Quienes militamos en la práctica jurídica (básicamente abogados o jueces) y hemos tratado de profundizar algo en esta materia, lo hemos comprobado sobradamente. Sus aportaciones (generalmente muy valiosas en lo teórico) resultan, salvo excepciones, escasamente traducibles a los parámetros reales con los que operan cotidianamente jueces y juristas y generalmente son desconocidas por ellos.

Cuando se ha suscitado un debate público sobre la interpretación o aplicación de alguna norma jurídica, al hilo de algún *caso difícil* con repercusión mediática, no es frecuente que los teóricos del Derecho salten a la arena ofreciendo criterios claros para adoptar una solución plausible. En efecto, la teoría y la filosofía del Derecho no sólo deberían profundizar en el conocimiento teórico sobre la estructura y el sentido del Derecho, sino también ofrecer a los operadores jurídicos criterios realmente *funcionales*, que les permitieran someter sus decisiones (interpretar y aplicar el Derecho) a un fundamento racional y jurídico máximamente objetivo y contrastable. Hay que alabar, pues, la intención del autor, y reseñar que no siempre ha escapado a la pura teorización que pretendía evitar.

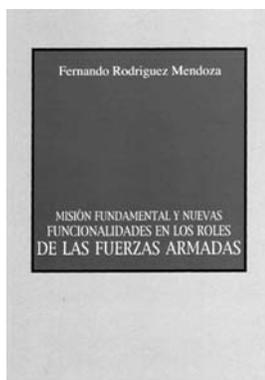
La obra comienza por explicar el papel trascendental que hoy desempeña el juez (y no sólo el juez constitucional) en el contexto del Estado *constitucional* de Derecho, como garante último de los derechos y libertades de los ciudadanos, y su primaria sujeción al *principio de constitucionalidad*, incluso por encima del tradicional *principio de legalidad*. Sólo desde esta perspectiva (el enorme poder que tiene el juez de cuestionar la aplicación de una ley) se pueden captar en toda su hondura los nuevos parámetros desde los que ha de realizarse la tarea interpretativa y aplicativa del Derecho: su interpretación “*desde*” la Constitución y la exigencia irrenunciable de justificación (argumentación) de las decisiones judiciales.

Situado el juez en este nuevo contexto jurídico político (superioridad del juez frente al legislador), y a la luz de la supremacía de la Constitución frente a la ley, de los principios frente a las normas y de los derechos frente al Derecho, se aborda la estructura y la praxis de la interpretación jurídica, analizando los instrumentos y métodos interpretativos clásicos: la interpretación literal, la interpretación histórica

y la interpretación teleológica de las normas. A continuación, y tras una reflexión crítica sobre el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico y el problema de las lagunas, se estudian los mecanismos de integración del Derecho, fijándose especialmente en la analogía *legis* como criterio privilegiado de integración (junto a la equidad) y en los *principios generales del Derecho*, también en su función integradora, en tanto que considerados como analogía *iuris*. Finalmente, se estudia el campo de la argumentación jurídica, analizando los criterios que determinan si está o no *racionalmente justificada* una decisión judicial, para culminar con un breve análisis de los postulados teóricos que sostienen las *teorías de la argumentación jurídica* más relevantes que se han planteado en el ámbito de la teoría del Derecho.

Termino esta breve reseña acudiendo de nuevo a las palabras del propio autor. Es posible (incluso habitual) que se pueda ser un buen jurista careciendo de todo conocimiento teórico sobre estas cuestiones (como hay quien puede expresarse con corrección en castellano sin conocer los fundamentos de la gramática castellana). Ahora bien, si conocer a fondo la gramática de un idioma permite hablar y escribir mejor en ese idioma, conocer a fondo la peculiar gramática de la interpretación y la argumentación jurídica, permitirá seguramente a quienes deben tomar decisiones jurídicas que lo hagan con un mayor grado de racionalidad y razonabilidad.

Orlando Parada Vaca



Autor: William Herrera Añez
Editorial: Grupo Editorial KIPUS
807 Págs.

EL PROCESO PENAL BOLIVIANO

Estamos ante una obra novedosa. El Dr. William Herrera Añez, profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, aborda el estudio del Proceso Penal boliviano desde la perspectiva constitucional y del Estado de Derecho. Después de analizar, en un capítulo introductorio, el *ius puniendi* del Estado y la función del proceso penal, centra el estudio de la primera parte de la obra en los presupuestos procesales -del órgano jurisdiccional, de las partes y del objeto del proceso-, esenciales para conformar válidamente el proceso penal. El autor analiza de una manera profusa (seis capítulos) y detallada la etapa preparatoria y, lo hace, tomando en cuenta –además del Código Procesal Penal-, la abundante jurisprudencia constitucional al respecto, así como las distintas leyes que, de una u otra manera, inciden en esta fase del proceso. Algo característico, no sólo en esta parte de la etapa preparatoria sino de la obra en su conjunto, es la alusión, en los casos que el autor considera que existen lagunas legales, a normas de derecho comparado que pueden ayudarnos, *de lege ferenda*, a solucionarlas.

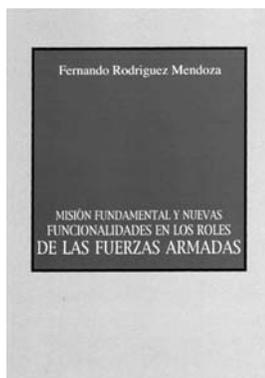
Si, “*El Proceso Penal Boliviano*”, es novedoso en cuanto al enfoque de los temas que plantea y el sustento de doctrina, legislación y jurisprudencia comparada que realiza; lo es, principalmente, por los temas que aborda. Así, el Prof. Herrera dedica un estudio separado a la etapa intermedia del Proceso Penal –como instancia destinada a subsanar posibles vicios procesales y, de ser posible, evitar el juicio-. Como él mismo lo dice “esta parte de la publicación resulta novedosa ya que, pese a su reconocimiento constitucional (SC N° 1036), aún se desconoce en el mundo procesal. La necesidad de concretar la etapa intermedia viene a ser una asignatura pendiente del nuevo sistema procesal penal” (p.32). En cuanto al juicio oral se refiere, el autor presta especial atención a su estructura y principios constitucionales que lo rigen así como a la etapa probatoria.

Merece especial mención la quinta parte de la obra en la que el autor centra su atención en los distintos procesos especiales por razón del hecho punible –delitos de acción privada y de acción pública de menor gravedad-, y por razón de la condición, función y cargo del imputado –Dignatarios de Estado, Contralor General de la República, Vocales de las Cortes Superiores y Corte Nacional Electoral, el Defensor del Pueblo y, altas autoridades del Poder Judicial-. También en esta última parte de la obra, el autor no deja de lado el proceso de ejecución

penal y, la ejecución civil emergente del delito.

Una obra que merece ser leída por los operadores jurídicos dedicados al ámbito penal.

Alex G. Parada Mendiá



*Autor: Vásquez Escobar, Líder.
Editorial: El País
124 Págs.*

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO COACTIVO CIVIL

El Ing. y Abog. M.Sc. Líder Vásquez Escobar, quien es catedrático y funcionario de la Intendencia Jurídica Nacional de la Superintendencia Forestal, presentó el presente estudio al Segundo Concurso de Investigación Jurídica del año 2007, convocado por la Asociación de Amigos de la Biblioteca Jurídica Valenciana (AABIJUVA), el mismo que luego de ser revisado por el Jurado Calificador compuesto por el Dr. Juan Montero Aroca (español), Dr. Carlos Esplugües (español) y Dr. Willman Durán Ribera (boliviano) resultó ganador y merecedor del Primer Premio Nacional.

Como parte del premio se publicó el presente libro, el que fue presentado por representantes de la AABIJUVA el pasado 18 de marzo de 2008, en un acto realizado en el Salón de Actos Saúl Rosales del Palacio de Justicia del Distrito de Santa Cruz, en circunstancia en que el referente español, Dr. Juan Montero Aroca, dio la conferencia sobre “Los desafíos del Poder Judicial”.

El estudio se desarrolla en el área procesal civil, constituyéndose en una contribución por sí misma, para el fortalecimiento de las competencias de estudiantes y/o profesionales, quienes autor podrán profundizar sus conocimientos en esta área específica del derecho, asistiendo la práctica y el afianzamiento de las destrezas previamente adquiridas, en un estricto apego a las normas vigentes.

El libro de una manera sólida, resulta ser una expresión de un fundado cuestionamiento que nos hace remontar a la esencia misma del derecho, al ser esta la consecuencia de una necesidad y requerimiento social. En efecto, al igual que otros connotados analistas nacionales, el autor cuestiona que el proceso coactivo civil, no cumple con su finalidad y su estructura, que de por sí es propicia al acreedor, lo cual presenta un desfavorable ámbito de consideración de los derechos fundamentales del deudor y de sus propios garantes personales.

A lo largo de la obra, en los cinco capítulos y las respectivas conclusiones y recomendaciones que la integran, de una forma eminentemente equilibrada y desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, se aborda el inventario de temas que a la fecha, después de más de diez años de haberse instituido en el país el “Procedimiento para la ejecución coactiva civil de garantías reales sobre créditos hipotecarios y prendarios”, debe necesariamente contener un libro jurídico, que se

encuentre respaldado con la suficiente información que demanda el foro nacional, sobre este tema de relevante y cotidiana actualidad, y por las propias connotaciones socio-económicas que hacen a su tramitación, sustanciación y vigencia.

Así, la obra, nos describe, las restringidas posibilidades de defensa e igualdad de los coactivados en el proceso, fundadas en la descripción de las diversas e intrincadas instancias procesales, que se han generado en la práctica, fundamentando así los criterios del autor y de su prominente análisis.

De esta forma, el autor plantea como imprescindible la necesidad de conocer las opiniones generales y la línea jurisprudencial dispuesta por el Tribunal Constitucional, en la resolución de casos específicos, y contrastarla con la realidad jurídica, para así determinar las deficiencias y/o contradicciones jurídicas que pudieran existir y que es posible atenten contra la constitucionalidad normativa.

Con todos estos motivadores antecedentes, es imprescindible asumir el desafío de sumergirnos en el desarrollo de la obra, puesto que constituye la continuidad de un necesario debate, que a partir de las sólidas conclusiones y recomendaciones nos cuestiona la posibilidad de concebir una transformación legal, que desde la defensa y la preservación de la seguridad jurídica, nos conduzca a fortalecer nuestra legislación.

Nos queda a nosotros los lectores, continuar el incesante devenir del derecho y promover a partir de las ideas descritas por el autor, las debidas modificaciones ajustando una vez más el derecho a la realidad.

José Antonio Landriel Pedraza

IVRIS TANTVM
Revista
Boliviana de
Derecho

SUSCRIPCIÓN

Nombre: Apellidos:
C.I.: Profesión:
Empresa/Organismo: NIT:
Dirección:
Ciudad: Código Postal:
Telf.: Fax: e-mail:

- Precio de suscripción (anual): 70 Bolivianos (Dos números al año).
- Precio número suelto: 40 Bolivianos

Suscripción Anual:

Deseo suscribirme a la **Revista Boliviana de Derecho** a partir del año 200.....
(recibiré los dos números correspondientes al año en que realice la suscripción)

Adquisición de números sueltos:

Deseo adquirir los números siguientes de la Revista:

Forma de Pago:

Efectivo Otro

OBSERVACIONES:

.....
.....

Remitir a:

Iuris tantum - Revista Boliviana de Derecho
Pasaje Tumusla N° 77 • Telf.: 337 5330
e-mail: revista.bolivianadederecho@gmail.com
Santa Cruz de la Sierra - Bolivia

Recomendaciones a los autores que colaboran en la revista

"*Juris Tantum* - Revista Boliviana de Derecho", tiene como principal finalidad difundir el pensamiento jurídico iberoamericano en las diferentes manifestaciones del Derecho. En este sentido, tiene por objeto 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.

Contenido de los artículos

"*Juris Tantum* - Revista Boliviana de Derecho" publica artículos relaciones con las diferentes ramas del Derecho. En todo caso, se intentará que los mismos sean de interés para la doctrina jurídica boliviana o latinoamericana.

Forma y preparación de los artículos

Los colaboradores deberán respetar las siguientes pautas para la elaboración y presentación de los textos.

1. Los artículos deben escribirse en idioma español.
2. Excelente redacción, ortografía y organización.
3. El artículo debe contener un máximo de 30 hojas:
 - Tamaño de la hoja: Carta
 - Tipo de letra:
 - o Arial 12 (cuerpo del texto) y
 - o Arial 10 (nota de pie de página)
 - Espacio interlineal: 1 ½
 - Seguir una secuencia de lo que son títulos y subtítulos:
 - o Títulos (La primera letra en mayúscula y el resto en minúsculas): 1.-, 2.-, 3.-
 - o Subtítulos (La primera letra en mayúscula y el resto en minúsculas): 1.1., 1.2. 1.3.
 - o Incisos: A) o Números: 1º

4. Se deberán respetar los derechos de autor respecto de obras preexistentes. Al final del artículo, los trabajos deberán contener una bibliografía de los textos consultados.

Las citas bibliográficas y notas al texto deberán hacerse a pie de cada página. Éstas deberán ser construidas de la manera y en el orden que a continuación se indica:

Para citar un libro: El apellido, todo en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula. Luego el título del libro, en cursiva. Enseguida la editorial, lugar de la impresión (en castellano), año de publicación y el número de la(s) página(s) citada(s).

Ejemplo: DURÁN RIBERA, W. R., *Principios, derechos y garantías constitucionales*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2005, pp. 22-24.

Para citar un artículo contenido en una revista: El apellido, en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula. Luego el título del artículo, entre comillas, y -tras la preposición en- el nombre de la revista, en cursiva (agregando, si es necesario para su identificación, el nombre de la institución editora). Enseguida el volumen (vol.) y/o el número (núm.), el año de publicación y el número de la(s) página(s) citada(s).

Ejemplo: TALAVERA, P., "Imparcialidad y decisión judicial en el Estado constitucional", en *Revista Boliviana de Derecho*, Editorial El País, N° 2, julio 2006, p. 15.

Para citar un trabajo contenido en una obra colectiva: El apellido, en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula. Luego el título del trabajo, entre comillas. Enseguida -tras la preposición en- el apellido y la inicial del nombre del (o de los) editor(es) o coordinador(es), indicando esa calidad entre paréntesis, y el título del libro, en cursiva. Luego se indicará la editorial, lugar de la impresión (en castellano), año de publicación y el número de la(s) página(s) citada(s).

Ejemplo: BARONA VILAR, S., "El proceso cautelar", en Montero Aroca, J. *et al.*, *Derecho Jurisdiccional. III. Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 445.

5. La jurisprudencia comentada deberá tener una extensión no superior a 2 páginas, excluyendo el contenido del fallo, el que también deberá ser transcrito por el autor del comentario.
6. Las reseñas no podrán tener una extensión superior a 3 páginas.
7. Los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, se recibirán hasta los días 30 de abril y 30 de septiembre, respectivamente. ■