

rBD 

REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO

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

Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho
Editorial: Fundación Iuris Tantum
Santa Cruz de la Sierra - Bolivia
Pasaje Tumusla 77
Telf. +591.3 3365875 / 3375330

Correo Electrónico:
contacto@revistabolivianadederecho.com

Página Web:
www.revistabolivianadederecho.com

Traducción: Horacio Andaluz

Diseño Original: Claudia Justiniano Suárez
c_justiniano@cotas.com.bo

Indexada en:

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

Depósito Legal: 4-3-18-06
ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

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

Impreso en Bolivia
Printed in Bolivia

SUMARIO



01/ EFECTOS DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES Pablo Dermizaky Peredo (Bolivia)	6
02/ DEL ESTADO MULTICULTURAL AL ESTADO PLURINACIONAL Juan Carlos Durán Böhme (Bolivia)	28
03/ LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA JURÍDICO: LAS RELACIONES ENTRE LAS FUENTES DEL DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE Horacio Andaluz (Bolivia)	74
04/ ¿EXISTIÓ EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL IMPÉRIO ROMANO? Gábor Hamza (Hungria)	110
05/ KOSOVO, UN AÑO DESPUÉS DE SU AUTOPROCLAMADA INDEPENDENCIA: Ana Jiménez Moliner (España)	118
06/ LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN ESPAÑA Fernando Reviriego Picón & Joaquín Brage Camazano (España)	146
07/ LA PREVARICACION Pedro Gareca Perales (Bolivia)	170
08/ REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA José Ramón de Verda (España)	192
09/ MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA Josefina Alventosa del Río (España)	212
10/ PREVENCIÓN DEL TERRORISMO Alfonso Ortega Giménez (España)	232
COMENTARIOS NORMATIVOS Objeción y contestación a la querrela	243
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Delitos Ambientales Justicia Constitucional Anotaciones Preventivas de Demanda y Embargo	251
INSTRUCCIONES A LOS AUTORES	265
CONVOCATORIA PREMIO AABIJUVA 2009	269
SUSCRIPCIONES	271

Director:

Orlando Parada Vaca
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

Consejo Editorial

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

Alex G. Parada Mendiá
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

Carlos Joaquín Barbery Suárez
Profesional Independiente (Bolivia)

Claudia J. Parada Alargañaz
Universidad Católica San Pablo (Bolivia)

Dorita Montenegro Caballero
Universidad Andina Simón Bolívar (Bolivia)

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

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

Luis Alberto Arias Lazcano
Universidad Privada de Santa Cruz (Bolivia)

Pedro Talavera
Universidad de Valencia (España)

Ricardo Serrano Herbas
Universidad Católica San Pablo (Bolivia)

Rosa Moliner Navarro
Universidad Valencia (España)

Virginia Pardo Iranzo
Universidad de Valencia (España)



FINES Y OBJETIVOS

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

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

COBERTURA TEMÁTICA:

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

PÚBLICO AL QUE ESTÁ DIRIGIDO:

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



ARANCELES JUDICIALES Y COBROS DEL MINISTERIO PÚBLICO

Quien acude a los órganos jurisdiccionales o ante el Ministerio Público en busca de protección a los derechos que considera vulnerados o amenazados, está obligado a pagar tasas y aranceles que impiden o, por lo menos, dificultan el ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

En el caso del Poder Judicial, esas tasas están respaldadas por el Reglamento de Aranceles N° 105/2009, homologado por el Honorable Senado Nacional, sin que exista normativa alguna que así lo justifique ya que, si bien es cierto que el art. 13, parte II, numeral 17 de la Ley N° 1817 del Consejo de la Judicatura confiere dicha atribución al Senado, la norma adecuada para atribuir competencias a dicho cuerpo legislativo es la CPE.

Esta situación que se verifica en el Poder Judicial no es la misma que el caso del Ministerio Público. En este caso, por cada petición que se formula ante las dependencias de la Fiscalía, llámase FELCC y otras dependencias, se le exige al ciudadano el pago de determinadas sumas de dinero, dependiendo del trámite o petición, sin otorgar constancia o recibo alguno del pago efectuado, mucho menos un timbre o valorado que permita acreditar su pago y, al mismo tiempo, que posibilite el control de los cobros efectuados por el Ministerio Público.

El derecho de acceso a la justicia, implica la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica, social, étnica, racial o de cualquier otra naturaleza, de acudir ante los órganos jurisdiccionales para formular pretensiones o defenderse de ellas.

La CPE proclama este derecho en sus Arts. 115.II, 120 y 180.I La finalidad de los institutos citados es la brindar al ciudadano una justicia pronta y oportuna pues la justicia tardía puede resultar más desventajosa que no tenerla. Para cumplir con este fin, el Estado debe remover todos los obstáculos que impidan o estorben el real y efectivo acceso a la justicia.

Los requisitos que debe cumplir el ciudadano para ejercer su derecho de acceso a la jurisdicción deben razonables y proporcionales sin constituirse en excesivos, al punto de impedir el ejercicio del derecho.

El servicio de justicia que presta el Estado a través de la jurisdicción debe pagarlo quien litiga o, por el contrario, debe costearlo la comunidad. Partiendo de la base que se trata de un servicio prestado a los litigantes y que, por tanto, son éstos los que deben solventar los costos de la administración, el gravamen sobre las actuaciones judiciales es una tasa. Si el costo del servicio judicial debe asumirlo la comunidad en su conjunto, no habría tasa en el sentido técnico del término sino distribución de la carga mediante el impuesto

El Estado ha prohibido la venganza privada y se ha arrogado y monopolizado para sí el ejercicio de la función jurisdiccional. No es coherente, entonces, imponer al ciudadano tasas retributivas por el servicio de justicia. ¿Es posible pensar en una tasa policial para solventar los gastos de la Policía Nacional en seguridad interna?

Si la tasa es definida como el pago que efectúa el ciudadano al Estado por el servicio concreto e individualizado que éste le presta y que podría conseguir de otras personas como el servicio de agua, luz o limpieza, el pago de los aranceles para acceder a la justicia, en cuanto actividad orientada al bien común, la seguridad y la paz social, debiera ser sostenido por las rentas generales, constituyéndose así, más que en una tasa en un impuesto, cuyo hecho imponible es la activación de la jurisdicción.

La potestad del Poder Judicial de declarar el derecho y hacer ejecutar lo juzgado aplicando la norma al caso concreto incluye la posibilidad de negar el acceso a la jurisdicción por incumplimiento de normas que regulan la admisión, entre las que se cuentan los requisitos de carácter administrativo. Quiere esto decir, reiteramos, que ese control no puede ser ejercido por los órganos administrativos como el Consejo de la Judicatura en el caso del Poder Judicial, cuando de por medio se encuentra el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción.

Entre los requisitos para ingresar una denuncia, petición o querrela ante el Ministerio Público se encuentra el pago de los aranceles por los que el ciudadano no recibe constancia o recibo alguno y, además, no existe control estatal respecto a la cantidad y el destino de los fondos recaudados.

Al margen de la aparente ilegalidad de esos cobros, es inadmisibles que no exista control sobre los cobros efectuados por el Ministerio Público y sobre las normas que le facultan para fijar esos aranceles.

Esta situación termina constituyéndose en rémora que impide el ejercicio de un derecho fundamental, vulnerando seriamente el derecho ciudadano de acceso a la justicia, entre los que se halla el acceso a las dependencias del Ministerio Público, encargados del Control funcional de las investigaciones policiales.

El Director



EFFECTOS DE LAS SENTENCIAS
CONSTITUCIONALES

*EFFECTS OF THE CONSTITUTIONAL
DECISIONS*

Rev. boliv. de derecho n° 8, julio 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 6-26



Pablo
DERMIZAKY
PEREDO

RESUMEN: Este ensayo versa sobre los efectos principales de las sentencias del Tribunal Constitucional de Bolivia según los asuntos relativos a sus diferentes competencias. Se analiza, a propósito, el ámbito del control normativo, los efectos generales y particulares, la vinculatoriedad de las sentencias, los precedentes de la jurisprudencia, los efectos diferidos, su retroactividad, la cosa juzgada constitucional, los efectos con relación a la justicia ordinaria y la protección de los derechos fundamentales, incluyendo, con referencia a estos últimos, sus limitaciones, su jerarquización y ponderación, los tratados y convenios internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Bolivia, efectos de las sentencias constitucionales.

ABSTRACT: *This essay studies the main effects of the Bolivian Constitutional Court decisions pronounced in the different proceedings it knows. It is analyzed the scope of the normative review, the general and inter alia effects, the binding force of the decisions, the precedents, the postponed effects, retroactivity, constitutional res iudicata, the effects in relation with ordinary jurisdiction and the protection of human rights; including, about human rights, its limitations, its hierarchy, balance of interest, treaties and international covenants, and the precedents of the Interamerican Court of Human Rights.*

KEY WORDS: *Bolivia, Effects of the Constitutional Decisions.*

SUMARIO: I.- Naturaleza de la jurisdicción constitucional.- II.- Tipos de sentencias constitucionales.- III.- Efectos de las sentencias constitucionales en Bolivia. 1) Ámbito del control normativo; 2) Efectos generales y particulares; 3) Vinculatoriedad; 4) Precedentes jurisprudenciales; 5) Efectos diferidos; 6) Cosa juzgada constitucional; 7) Efectos con relación a la justicia ordinaria; 8) Protección de los derechos fundamentales; 8-1) Limitaciones; 8-2) Jerarquización y ponderación de derechos; 8-3) Incorporación de tratados y convenios internacionales; 8-4) Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 9) Efectos retroactivos.- IV.- Conclusiones.

I. NATURALEZA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Para analizar los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional de Bolivia haremos, previamente, una reseña de la naturaleza de la jurisdicción constitucional.

Entendemos por justicia constitucional un sistema de legislación, doctrina y jurisprudencia aplicables al control, defensa e interpretación de la Constitución Política del Estado. La justicia constitucional se realiza a través de la jurisdicción constitucional, conjunto de normas sustantivas y adjetivas y de órganos encargados de administrar la justicia constitucional.

El sistema político tiene dos elementos esenciales: poder y Derecho. Para proveer los valores que la sociedad requiere, el sistema político organiza su poder a través del Derecho, que lo impulsa y limita, dándole la legalidad y legitimidad indispensables para que esos valores sean útiles y promuevan el bien común.

La justicia es el valor supremo en el orden jurídico-político, dice Bidart Campos. La justicia constitucional ocupa la cúspide de este valor, de la misma forma como la Constitución es el vértice de la pirámide jurídica.

Para Kelsen, "la función judicial, lo mismo que la legislativa, es, al propio tiempo, creación y aplicación del derecho". Explica este aserto diciendo que, al resolver una controversia, el juez se basa en una norma general preexistente; pero crea una norma individual (para el caso en litigio) que establece determinada decisión, porque las leyes son "productos semielaborados cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la aplicación de ésta". Agrega que "al prescribir una sanción, el tribunal es siempre legislador, en cuanto crea derecho, del mismo modo que el legislador es siempre órgano aplicador de normas jurídicas, en cuanto la legislación es acto de cumplimiento de preceptos constitucionales". Queda claro, según esto último, que los tribunales constitucionales no son meros aplicadores de la norma

• Pablo Dermizaky Peredo

Ex-profesor titular (catedrático) de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo en la Universidad Mayor de San Simón, Cochabamba, Bolivia. Profesor Honorario de varias Universidades bolivianas. Primer presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia.

Dirección postal: casilla 214, Cochabamba, Bolivia.

Correo electrónico: pdpbo@supernet.com.bo

fundamental, sino que “crean derecho”, pues, como dice el Obispo Hoadly (citado por Kelsen), “aquél que tiene una absoluta autoridad para interpretar cualesquiera normas jurídicas escritas o habladas es, en realidad, el verdadero legislador para todos los fines y propósitos, y no la persona que por primera vez las escribió o transmitió verbalmente (...) A fortiori, aquél que tiene una absoluta autoridad no sólo para interpretar el derecho, sino para decir qué es derecho, resulta en realidad legislador”.¹

Lo anterior puede resultar extraño para quienes todavía conciben la separación de poderes como un sistema rígido, dividido en compartimentos estancos, y no se percatan de que no existe tal “separación”, sino una interacción permanente de funciones políticas y administrativas que responden al principio de división del trabajo a través del cual se coordinan y complementan.

Louis Favoreu y otros profesores franceses han destacado la importancia de la justicia constitucional en el orden jurídico, desde que gracias a ella las normas constitucionales son aplicables y ese orden jurídico se “constitucionaliza”, lo que no ocurría en Europa hasta después de la Segunda Guerra Mundial. Opinan que la justicia constitucional contribuye a pacificar la vida política cuando en el parlamento, por ejemplo, la mayoría y la oposición se enfrentan en el debate sobre asuntos importantes que dividen a la opinión pública, y sobre los cuales no se pronuncia el electorado, el recurso a los jueces constitucionales puede pacificar los ánimos en la esperanza de que una decisión imparcial, razonada jurídicamente, resuelva la cuestión. Sobre esto, vale la pena transcribir seguidamente un párrafo en que dichos autores acuden a un ejemplo de lo que ocurre en la política europea, que es perfectamente aplicable a la política boliviana contemporánea.

“La justicia constitucional es un contrapeso que cumple una misión cada vez más necesaria en los sistemas democráticos donde la tradicional separación de poderes entre legislativo y ejecutivo ha cedido su lugar a la confrontación de mayoría y oposición. En Gran Bretaña como en Alemania Federal y en Austria, la mayoría parlamentaria y la del gobierno son un solo bloque frente a la oposición. En Francia, además, se suma al bloque mayoritario el Presidente de la República elegido directamente por el pueblo, que dispone de una gran legitimidad y de poderes considerables. Se concibe, pues, que sea necesario un contrapeso y un garante del equilibrio entre mayoría y oposición, y así se aclara el papel del juez constitucional: es menos un contralor del parlamento que un contralor de la mayoría oficial y presidencial. Puesto que las leyes se originan, en el 90% de los casos, en proyectos del gobierno, más concretamente de la Presidencia, el juez constitucional asegura en verdad el control de la acción del gobierno que, en Francia, escapaba al juez

¹ KELSEN, Hans.- *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO*.- 3ª. Ed. UNAM., México, D.F., 1.969, pp. 159; 173; 182-83.

ordinario porque éste no era competente para verificar la constitucionalidad de la ley”².

De lo expuesto en los párrafos precedentes se desprende el carácter jurídico-político de la justicia constitucional, lo que explica su relevancia y complejidad. Esta relación directa entre justicia y política determina la naturaleza pública de su jurisdicción, que erige a los tribunales constitucionales en árbitros de cuestiones de Estado y de poder.

Es obvio que la justicia constitucional responde a la supremacía y a la fuerza normativa de la Constitución, lo que le distingue claramente de la justicia ordinaria. La primera se propone hacer efectiva la voluntad del poder constituyente plasmada en la Constitución, y, como se ha dicho, el poder constituyente es anterior al derecho, porque lo precede y lo crea, y se coloca, por esto, por encima del orden jurídico general.

Mientras la justicia ordinaria se ocupa de controversias entre particulares, o entre éstos y el Estado en su calidad de persona de derecho privado, la justicia constitucional es de orden público porque, al defender la Constitución, preserva la estructura jurídico-política del Estado y los derechos fundamentales de la persona

Estas claras diferencias entre justicia constitucional y justicia ordinaria no suponen una separación infranqueable entre ambas. Al contrario, su coordinación y complementariedad son requisito esencial de un Estado de Derecho. Esta relación fue resumida por Tomás y Valiente al decir que “separación orgánica, articulación competencial y supremacía formal y funcional del Tribunal Constitucional son los tres principios que deben orientar la inter-relación entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”. Por su parte, el Tribunal Constitucional de España se refirió a esta articulación de competencias en su sentencia No.50-84, que a la letra dice:

“La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al plano de la constitucionalidad y la jurisdicción ordinaria al de “la simple legalidad”, pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables,. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley, cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales...”

² FAVOREU et al.- *DROIT CONSTITUTIONNEL*.- 4e. Ed.- DALLOZ, París, Francia, 2.001, pp. 334 y ss.

Sin embargo, conviene tener presente, como lo subrayó el mismo Tomás y Valiente, que mientras para los otros órganos e instituciones (de la justicia ordinaria) se trata de un deber genérico, de la consecuencia necesaria del cumplimiento de otras funciones o de una más entre éstas, para el Tribunal, la defensa de la Constitución, de la totalidad de la Constitución y no sólo de una de sus partes, es su única razón de ser y de existir³.

Esta naturaleza especialísima de la jurisdicción constitucional se refleja en sus sentencias, que asumen características diferentes, por su flexibilidad, a las que pronuncia la jurisdicción ordinaria. Los problemas políticos y sociales que afronta aquella y la evolución del derecho público han demostrado que el control de la Constitución es incompleto si se limita a declarar la inconstitucionalidad de la norma sin interpretarla o complementarla, sugiriendo su modificación mediante sentencias aditivas, interpretativas, sustitutivas, con efectos diferidos en el tiempo, etc., como lo han hecho los Tribunales Constitucionales de Italia, Alemania y España, entre otros, desde hace medio siglo. Por eso el juez supremo estadounidense Charles Evans Hughes dijo que “la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.

Hans Kelsen, creador del sistema concentrado de jurisdicción constitucional, que en un principio calificó al juez constitucional como “legislador negativo” (abrogador de la norma inconstitucional) dijo que “la función judicial, lo mismo que la legislativa, es al propio tiempo creación y aplicación del derecho”, porque las leyes son “productos semi-elaborados cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la aplicación de ésta”. Agrega que “al prescribir una sanción, el tribunal es siempre legislador, en cuanto crea derecho, del mismo modo que el legislador es siempre órgano aplicador de normas jurídicas, en cuanto la legislación es acto de cumplimiento de preceptos constitucionales.”⁴

II. TIPOS DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

Debido a la naturaleza especialísima de la jurisdicción constitucional y a las consideraciones consignadas en el párrafo I, las sentencias constitucionales han adoptado diversas formas, entre las cuales sobresalen las que la Corte Constitucional de Italia ha modulado desde los primeros años de su funcionamiento. Como nos lo recuerda Alfonso Celotto, “... los problemas de constitucionalidad no pueden ser resueltos sólo diciendo “sí” o “no” a la ley en cuestión. La única alternativa entre sentencias estimatorias y desestimatorias se ha vuelto, con el correr del tiempo, insuficiente para resolver adecuadamente los problemas de constitucionalidad de las

³ TOMAS Y VALIENTE, Francisco.- *ESCRITOS SOBRE Y DESDE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*.- Centro de Estudios Constitucionales, España; 1.993; pp. 77, 78 y 87.

⁴ KELSEN, Hans.- Ob. cit.

leyes, especialmente cuando han debido afrontarse cuestiones complejas. La Corte se ha dado cuenta de que poder, solamente, declarar la cuestión fundada o infundada no siempre implicaba un remedio adecuado al problema de la constitucionalidad.

Era necesaria una tipología de decisiones más flexible e incisiva, que no recayese sobre la constitucionalidad de la ley, es decir, que no afectase su contenido, sino más bien la omisión de la disciplina que dicha ley regula, puesto que la declaración de inconstitucionalidad puede crear un vacío en el ordenamiento quizás aún más grave que el de la propia inconstitucionalidad. Tal necesidad se ha vuelto muy urgente a raíz de la poca colaboración que la Corte ha encontrado en el parlamento y en los jueces, al menos en sus primeros años.”⁵

El tribunal italiano ha recurrido a diversas interpretaciones para modular sus sentencias según los problemas planteados por cada caso. Estas resoluciones han recibido el apelativo genérico de “manipulativas”, porque son resultado de la “manipulación” que se hace para extraer diversos significados de la misma norma. Entre ellas están las desestimatorias (de rechazo), en las que se declara la inconstitucionalidad de la norma pero se desestima la demanda porque se hace una interpretación de aquélla conforme a la Constitución; y las de admisión parcial, que parten de dos interpretaciones diferentes de un mismo texto, que permiten expulsar solamente a la parte considerada inconstitucional.

Hay también las sentencias aditivas o integradoras en las que, frente a una omisión inconstitucional de parte del legislador, el juez resuelve que se incorpore un texto “adicional” a la norma para adecuarla a la Constitución. En las sentencias sustitutivas se reemplaza (sustituye) un texto, o una parte del mismo, por otro que sugiere el tribunal, para que sea conforme a la Constitución. Y las sentencias por delegación, llamadas así porque, de manera similar al procedimiento de delegación legislativa, el tribunal señala los principios a que debe someterse la norma cuestionada para corregir su inconstitucionalidad.

III. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN BOLIVIA

En los ocho años de su funcionamiento, el Tribunal Constitucional de Bolivia, que es el benjamín entre sus similares en Iberoamérica, ha elaborado una rica jurisprudencia cuyos efectos serán reseñados, por rubros, a continuación.

I.- Ámbito del control normativo.- En reiteradas resoluciones el Tribunal Constitucional ha precisado los alcances de las atribuciones que ejerce como contralor de la Constitución, en los siguientes términos:

⁵ CELOTTO, Alfonso.- “El Derecho Juzga a la Política”, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2.005, p. 80.

“...es necesario precisar los alcances del control de constitucionalidad que se ejerce a través de los recursos de inconstitucionalidad, por cualquiera de las dos vías reconocidas –directa o indirecta-. En ese orden, cabe señalar que el control de constitucionalidad abarca los siguientes ámbitos:“(...) a) La verificación de la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones legales impugnadas con las normas de la Constitución Política del Estado, lo que incluye el sistema de valores supremos, principios fundamentales, así como los derechos fundamentales consagrados en dicha Ley Fundamental; b) la interpretación de las normas constitucionales así como de la disposición legal sometida al control desde y conforme a la Constitución Política del Estado; c) el desarrollo de un juicio relacional para determinar si una norma legal es o no conforme con las normas constitucionales; determinando previamente el significado de la norma legal por vía de interpretación; y d) la determinación de mantener las normas de la disposición legal sometida al control. De lo referido se concluye que el control de constitucionalidad no alcanza a la valoración de los fines, los propósitos, la conveniencia o beneficios que pudiese generar la disposición legal sometida a control, lo que significa que el Tribunal Constitucional, como órgano encargado del control de constitucionalidad, no tiene a su cargo la evaluación de si son convenientes, oportunos o benéficos los propósitos buscados por las normas impugnadas; su labor se concentra en el control objetivo de constitucionalidad de las disposiciones legales objetadas”. (S.C. 0018/2007, de 9 de mayo).

2.- Efectos generales y particulares.- El artículo 121-II y III de la Constitución Política del Estado (CPE) dispone:

“II. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos. La sentencia que se refiera a un derecho subjetivo controvertido se limitará a declarar su inaplicabilidad al caso concreto.

III. Salvo que la sentencia disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la normas en las partes no afectadas por la inconstitucionalidad. La sentencia de inconstitucionalidad no afectará a sentencias anteriores que tengan calidad de cosa juzgada.”

Es claro, en consecuencia, que toda norma que sea declarada inconstitucional será eliminada del orden jurídico y se considerará inexistente para todos, “erga omnes”. Por el contrario, las resoluciones sobre derechos subjetivos controvertidos surten efectos solamente para las partes interesadas

3.- Vinculatoriedad.- El artículo 4 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC.) No. 1836, de 1 de abril de 1.998, dispone en su segundo párrafo:

“Los tribunales, jueces y autoridades aplicarán a sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional!”

El art. 44-I de la misma Ley dice:

“1. Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional, son obligatorias y vinculantes para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales.”

Esta relación de sujeción (vinculatoriedad) a las decisiones del T.C. arranca de los conceptos de constitución normativa y de supremacía constitucional que caracterizan al Estado de Derecho contemporáneo, conceptos elaborados en la primera Constitución escrita, la de Estados Unidos de América de 1.787, Estos conceptos han sido plasmados en el artículo 121-I de la C.P.E., concordante con el artículo 142 de la LTC., que prescribe que “contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno,” lo que erige a dicho órgano como intérprete último y supremo de la Constitución y de la normativa correspondiente.

La vinculatoriedad de estas sentencias se produce cuando existe analogía entre los hechos que dieron lugar al precedente y al caso que está en consideración del juzgador. Así lo ha establecido una jurisprudencia uniforme del T.C., como puede leerse en la S.C. 0542/2006-R, de 12 de Junio:

“Al efecto, cabe señalar que el carácter vinculante de las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional, significa que la doctrina constitucional creada, así como las subreglas extraídas de las normas implícitas de la Constitución, contenidas en las Sentencias Constitucionales, tienen que ser aplicadas obligatoriamente por el resto de los órganos del poder público, por lo mismo, por los jueces y tribunales que forman parte del poder judicial, en la resolución de todos los casos que presenten supuestos fácticos análogos. En consecuencia, la aplicación del principio de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional está sujeta a la regla de la analogía, vea decir que los supuestos fácticos de la problemática resuelta mediante la sentencia constitucional en la que se crea la jurisprudencia sean análogos a los supuestos fácticos de la problemática a resolverse mediante la sentencia en la que se aplicará la jurisprudencia o el precedente obligatorio”.

Requisito esencial de la vinculatoriedad es, por consiguiente, que hayan “supuestos fácticos análogos”, como lo explica la S.C. 1422/2002-R., de 22 de noviembre:

(...) es cierto que una Sentencia Constitucional es un precedente obligatorio y con aplicabilidad a casos futuros por analogía; sin embargo para citársela debe tenerse en cuenta no sólo los fundamentos jurídicos del fallo (en el que se expresa el razonamiento del Tribunal), sino también debe considerarse el conjunto fáctico o hechos concretos que se han producido en el caso que motiva la interposición de un recurso, que tengan semejanza con los hechos y conclusiones a las que llegó el Tribunal en la Sentencia a la que se hace referencia”.

4.- Precedentes jurisprudenciales.- Entre los dos grandes sistemas jurídicos de Occidente, el romano-germánico y el de common law, el primero se asienta principalmente en la legalidad, en el sometimiento a la ley como precedente obligatorio, porque “la ley es la expresión de la voluntad general”, según lo proclamó la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” en su artículo 6. El sistema del common law, prevaleciente en los países de habla inglesa, se asienta en los precedentes judiciales, o sea en las decisiones que para casos similares hayan adoptado anteriormente los jueces y tribunales, lo que se conoce como stare decisis, expresión latina que se traduce como “atenerse a lo que se ha decidido”.

En el sistema romano-germánico, que pasó del Derecho Romano a Europa y después a Iberoamérica, prevaleció hasta la segunda mitad del siglo XX la legalidad formal, el reinado de la ley como producto del legislador, cuya omnipotencia era consagrada. Después de la Segunda Guerra Mundial se destacó la primacía de los derechos de la persona como base del orden jurídico y, con esa finalidad, se reconoció la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución, algo que el constitucionalismo estadounidense había hecho dos siglos antes. A partir de ese momento la ley tuvo un contenido material, no meramente formal; no es suficiente que sea producto del órgano Legislativo, sino que su contenido debe adecuarse a los valores, principios y preceptos de la Constitución. Para que esto no quedara solamente en el papel, era necesario que alguien se ocupara de examinar ese contenido mediante la interpretación de las normas para su debida aplicación. Así nació en Europa, en la tercera década del siglo XX, la justicia constitucional, con la creación de los primeros tribunales de esta materia en Checoslovaquia y en Austria, y la expansión de los mismos en el resto de Europa después de la Segunda Guerra Mundial.

Para facilitar la administración de justicia en el Estado constitucional se acude a los precedentes de los tribunales y cortes constitucionales, vale decir a sus decisiones anteriores en casos similares, de suerte que el sistema tenga la coherencia, seguridad y confianza necesarias para su eficacia y solidez.

A propósito de esto, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha fundamentado la adopción de su jurisprudencia, como precedente, en los siguientes términos:(Boletín Informativo No. 21, mayo-agosto 2007).

“Los precedentes constitucionales son la respuesta a un problema que urge atender para garantizar la vigencia y la supremacía de la Constitución, pues no es posible que la judicatura se pronuncie jurisdiccionalmente de diferente manera ante dos casos sustanciales similares. En efecto el ciudadano, cuando acude a los órganos jurisdiccionales, ha de tener la razonable seguridad de que su causa será resuelta de la misma forma en que lo fueron situaciones análogas anteriores. Como señala Chamorro Bernal, citando una jurisprudencia española, la razonable seguridad de la igualdad, en la aplicación de la ley, forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva.

El cumplimiento de los precedentes vinculantes garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, a una resolución fundada en derecho, que se atenga al sistema de fuentes establecido, del cual forma parte la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y, en concreto, el precedente vinculante. En otras palabras, si el precedente vinculante es parte del ordenamiento jurídico, no tomarlo en cuenta viola la tutela judicial efectiva cuando éste obliga al juez a que se pronuncie sobre el fondo de acuerdo a derecho. Todo ciudadano tiene derecho (como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva), a una resolución motivada y fundada en derecho.

Finalmente el respeto al precedente constitucional vinculante tiene como fundamento el principio de seguridad jurídica, certeza y predictibilidad. Como muy bien señala Marcial Rubio, la Constitución no menciona la seguridad jurídica, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha tratado de ella en su jurisprudencia.”

Sin embargo, hay que decir que el precedente jurisprudencial no es un valor absoluto en sí mismo, sino que está condicionado, primero a la analogía de los hechos controvertidos con los del precedente, y segundo a las condiciones existentes en los dos tiempos, pues puede ocurrir que habiendo similitud en los hechos, las circunstancias actuales sean tan diferentes que impongan otro tipo de soluciones, caso en el cual el juzgador debe justificar y motivar suficientemente su resolución. Así lo ha establecido la doctrina y la propia jurisprudencia del common law, donde el stare decisis no es una regla inmovible, pues la Corte Suprema de Estados Unidos de América se ha apartado en numerosas ocasiones de sus propios precedentes. El T.C. boliviano reconoce esta excepción así:

“Cuando un juez o tribunal, al dictar una resolución, se aparta de la legalidad dominante o resuelve en forma distinta o contradictoria, a como lo hizo en un caso anterior sustancialmente idéntico, debe justificar ese apartamiento y, si no lo hace, nos encontramos ante una resolución que viola el derecho a la tutela judicial efectiva, violación que se produce precisamente por no razonar ese apartamiento de la legalidad dominante o de sus propios precedentes.”(Boletín Informativo No. 21, mayo-agosto 2007).

5.- Efectos diferidos.- El art. 48.4 de la L.T.C., que dispone sobre la forma y contenido de la sentencia, faculta al T.C. a “dimensionar en el tiempo” sus resoluciones. Así, por ejemplo, la S.C. 0129/2004-R., de 10 de noviembre, al declarar la inconstitucionalidad del D.S. 27650 de 30 de Julio de 2004, por el que el Poder Ejecutivo designó ministros interinos de la Corte Suprema de Justicia, difirió los efectos de la inconstitucionalidad por el término de sesenta días y exhortó al Congreso Nacional para que en ese plazo eligiera a los magistrados titulares de dicho tribunal, con el siguiente argumento:

“De una interpretación contextualizada de la Constitución surge un mandato genérico al poder público para que, dentro del orden de sus competencias específicas, precautele que los órganos de la estructura básica del poder político del Estado funcionen en su integridad e ininterrumpidamente; por consiguiente, este Tribunal, en uso de sus facultades que le otorga el art. 48.4 de la Ley 1836, que le faculta a dimensionar los efectos de sus resoluciones en el tiempo, tiene que evitar que a consecuencia de este fallo se cree en el país –con las acefalías- un estado de inconstitucionalidad que provoque mayor lesión a la Constitución y a la seguridad jurídica en el país, que el que se trata de evitar; por lo que debe diferir los efectos del presente fallo, disponiendo a su vez que los órganos legitimados por la Constitución realicen la elección de las autoridades aludidas dentro de un término perentorio”.

En otro caso, en el que una empleada de de la administración pública fue destituida por cargos en su contra, hallándose embarazada, el T.C. resolvió que:

“Considerando la situación de la recurrente y el menor, dentro del ámbito de protección establecido por el art. 193 CPE. y los fundamentos expuestos no invalidan ni constituyen causal para dejar sin efecto la sanción impuesta por la autoridad competente, sin embargo impone la postergación de su ejecución y sus efectos hasta que el hijo cumpla un año de edad y desaparezca la protección que

le brinda el art. I de la citada Ley 975, pudiendo entonces ejecutarse la resolución de sanción contra la ahora recurrente (...) ya que de no brindarse la protección solicitada, aquel despido causaría efectos irreparables, no sólo a la recurrente sino principalmente al mencionado menor; en cuyo mérito es preciso prescindir de la subsidiaridad que caracteriza al amparo”.

Otras sentencias con efectos diferidos llevan los números 082/2000 y 018/2003.

Por otra parte, en cuanto a la inconstitucionalidad por omisión, el T.C. ha dicho en su S.C. 0032/2006, de 10 de mayo que:

“Ahora bien, conforme enseña la doctrina, la inconstitucionalidad por omisión puede ser entendida desde una doble dimensión; la primera, como la inconstitucionalidad por omisión normativa, que se presenta en aquellos casos en los que existiendo la ley que desarrolla un mandato de la Constitución, aquella se hace incompatible por una deficiente o incompleta regulación que origina la ineficacia de una norma constitucional; y, la segunda, inconstitucionalidad por omisión legislativa, se produce en los casos en que la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y éste no lo hace. Sobre el particular, este Tribunal a través de su jurisprudencia ha desarrollado doctrina constitucional respecto de ambas dimensiones. Así la SC 0066/2005, de 22 de septiembre, determinó lo siguiente “(...) De esto se infiere que el control de constitucionalidad que la norma fundamental del país le encomienda al Tribunal Constitucional, está referida a la sujeción, por parte del legislador; a las normas, principios y valores de la Constitución, tanto en el proceso de creación de las normas como sobre el contenido de las mismas. Esto significa que cuando el legislador no desarrolla el instituto Constitucional que de manera precisa y concreta le impone la Constitución o desarrolla el mismo de manera deficiente o incompleta, de tal manera que el mandato constitucional se torne ineficaz o de imposible aplicación por causa de la omisión o insuficiente desarrollo normativo, el Tribunal Constitucional tiene atribuciones para hacer el enjuiciamiento de constitucionalidad de tales actos; disponiendo, en su caso, que el legislador desarrolle la norma constitucional que de manera obligatoria y concreta le impone la Constitución, lo que no puede darse cuando se trata de normas constitucionales programáticas”.

En el punto c) de la parte resolutive de la S.C. 0018/2007, el T.C. “exhorta al Congreso Nacional para que, en uso de la atribución contenida en el art. 59-20ª. de la C.P.E., designe a la brevedad posible a los ministros de la Corte Suprema de Justicia para cubrir las acefalías producidas como consecuencia de la presente Sentencia Constitucional”, que dejó cesantes a cuatro de esos ministros, por haber caducado el período de su interinidad, según fundamentó la sentencia⁶.

6.- Cosa juzgada constitucional.- En el punto 3 se ha citado los Arts. 121-I de la CPE. y 42 de la L.T.C., según los cuales las sentencias del T.C. son definitivas y no admiten recurso ulterior alguno. Esta calidad de “definitivas” da a dichas resoluciones la autoridad de cosa juzgada constitucional; cosa juzgada que, al igual que en la justicia ordinaria, responde a la necesidad de certeza, seguridad y coherencia con que debe desarrollarse la administración de justicia, pues, de lo contrario, las controversias no terminarían nunca y nadie sabría a qué atenerse.

La cosa juzgada constitucional es de carácter formal y material, cuya naturaleza y efectos explica la S.C. 29/2002, de 28 de marzo, en estos términos:

“Que en este contexto, debe precisarse que los efectos de la cosa juzgada se manifiestan bajo una doble perspectiva: formal y material. Así, la característica o efecto de la cosa juzgada formal es la de su inimpugnabilidad o firmeza. Produce este efecto cualquier resolución firme, o, lo que es lo mismo, cuando frente a ella no exista ningún otro recurso previsto en la ley (la excepción sólo se presenta cuando existe de por medio una lesión al contenido esencial de un derecho fundamental), hayan transcurrido los plazos para recurrirla o se haya desistido del mismo. En este sentido, los fallos del Tribunal Constitucional, como los de la Corte Suprema de Justicia, surten los efectos de cosa juzgada formal (con la única excepción a esta regla antes referida), en la medida en que no haya ningún órgano judicial que pueda revisar sus decisiones; empero, al efecto negativo aludido se tiene otro de naturaleza positivo, que se expresa en el deber jurídico que tiene el órgano encargado de su ejecución de hacer efectiva la decisión contenida en el fallo en los términos establecidos en ella. Desde su vertiente material, la cosa juzgada despliega su eficacia frente a los otros órganos judiciales o administrativos, que lleva un mandato implícito de no conocer lo ya resuelto, impidiendo con ello la apertura de otros procesos nuevos sobre el mismo asunto (este efecto sólo lo producen las decisiones firmes sobre el fondo); como único medio

⁶ Esta sentencia motivó que el presidente de la república, que había nombrado interinamente a los ministros cesados, incoara un juicio de responsabilidades ante el Congreso Nacional contra los cuatro magistrados del T.C. que habían suscrito la sentencia, por supuesto delito de prevaricato; juicio que no prosperó al llegar a la Cámara de Senadores, pero que provocó las renunciaciones irrevocables de tres de los cuatro magistrados, dejando sin quórum al Tribunal.

de alcanzar la paz jurídica, evitando, de un lado, que la contienda se prolongue indefinidamente y de otro, que sobre la misma cuestión puedan recaer resoluciones contradictorias, lesionando la seguridad jurídica procesal.”

7.- Efectos con relación a la justicia ordinaria.- En el parágrafo I se ha señalado las diferencias conceptuales que distinguen a las jurisdicciones ordinaria y constitucional, así como sus puntos de contacto. Con esos antecedentes, el T.C. ha definido los efectos de sus sentencias sobre la justicia ordinaria en su sentencia I 116/2006-R, de 6 de noviembre, en los siguientes términos:

“(…) dentro de un recurso de amparo constitucional no corresponde a este Tribunal juzgar el criterio jurídico con el que el Tribunal de apelación, hoy recurrido, interpretó el art. 184 del Código de Procedimiento Civil para fundar su resolución; de hacerlo estaría saliendo del marco de su competencia para invadir otra jurisdicción, pues conforme al objeto del recurso de amparo corresponde verificar si los hechos ilegales denunciados restringen, suprimen o amenazan suprimir los derechos y garantías de los recurridos reconocidos en la Constitución y las leyes (...); entendimiento que ha evolucionado hasta que en la SC 1846/2004-R, de 30 de noviembre, reiterando que la labor interpretativa de las normas legales ordinarias le corresponde a los jueces y tribunales ordinarios, se estableció el canon de constitucionalidad en esa interpretación, manifestando la siguiente doctrina jurisprudencial: “Si bien la interpretación de la legalidad ordinaria debe ser labor de la jurisdicción común, corresponde a la justicia constitucional verificar si en esa labor interpretativa no se han quebrantado los principios constitucionales informadores del ordenamiento jurídico, entre ellos, los de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, jerarquía normativa y debido proceso; principios a los que se hallan vinculados todos los operadores jurídicos de la nación, dado que compete a la jurisdicción constitucional otorgar la protección requerida, a través de la acciones de tutela establecidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución, ante violaciones a los derechos y garantías constitucionales, ocasionadas por una interpretación que tenga su origen en la jurisdicción ordinaria, que vulnere principios y valores constitucionales (...)”

En igual sentido se han pronunciado las SS.CC. 1358/2003-R., 308/2004-R., 446/2004-R., 695/2004-R., 1330/2004-R., 1392/2004-R., y 191/2004-R., entre otras.

En concordancia con la última parte de la sentencia transcrita, la doctrina y la jurisprudencia comparadas señalan que no existe cosa juzgada ordinaria cuando

ésta viola los derechos fundamentales y el debido proceso, tal como se expuso en el punto 6 del presente párrafo.

8.- Protección de los derechos fundamentales.- El Estado Constitucional tiene por fin al hombre, al ser humano. Este no puede desarrollar su personalidad ni contribuir al progreso social si no ejerce plenamente los derechos inherentes a su condición. Por esto, el objetivo central de las constituciones políticas es el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, que son declarados en su parte dogmática y que son protegidos por los poderes constituidos de que se ocupa la parte orgánica. El ejercicio de estos derechos se hace efectivo mediante las garantías jurisdiccionales que establece la Constitución (Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data), que protegen al titular contra los actos y resoluciones de todos los agentes públicos y personas particulares, sin excepción.

El Amparo es la garantía universal para la reparación de los derechos desconocidos, vulnerados o amenazados. Por la naturaleza de la justicia constitucional, esta garantía protege "contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes", según el precepto general, que no admite excepciones, del artículo 19 de la Constitución boliviana.

El art. 7 de la CPE. enumera los derechos fundamentales de la persona, y el art. I-II de la L.T.C. menciona, entre los fines del Tribunal, "el respeto y vigencia de los derechos y garantías fundamentales de las personas".

Teniendo en cuenta que más del noventa por ciento de los casos que llegan al T.C. son relativos a la protección de los derechos humanos, a través de la revisión de las garantías de Amparo y de Habeas Corpus, el Tribunal ha elaborado una profusa jurisprudencia en esta materia, de la que nos parece interesante mencionar los siguientes casos:

8-I.- Limitaciones.- No obstante la naturaleza e importancia de los derechos fundamentales, éstos no son absolutos en sí mismos, ya que deben ser aplicados en concordancia con otros derechos, con el orden público y con otros valores supremos llamados "bienes constitucionales" que interesan a la sociedad, por encima del individuo. De aquí surgen límites intrínsecos y extrínsecos, así como límites de derecho y de hecho establecidos en las propias normas⁷.

El T.C. ha reconocido las limitaciones jurídicas al decir en su S.C. 0600/2003-R, de 6 de mayo, que "... para resolver el caso debe considerarse lo dispuesto por el art. 28

⁷ Este tema ha sido desarrollado por el autor en su libro *DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES*, 1ª. Ed., Editorial Alexander, Cochabamba, Bolivia, 2.006, pp. 33 y 34.

de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y el desenvolvimiento democrático". Asimismo, en su Sentencia No. 004/2001, de 5 de enero, dijo 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..."

Los derechos de igualdad y de libertad que fueron proclamados en la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 como pilares de los derechos individuales, no han podido compatibilizarse plenamente, como lo ha demostrado la historia de los frustrados experimentos socialistas, en los que, en nombre de la igualdad social y se restringió opresivamente la libertad individual. Por otra parte, se ha limitado frecuentemente la libertad individual en aras de la seguridad colectiva, aduciendo que la libertad irrestricta conduce al libertinaje y, por ende, a la inseguridad social, argumento esgrimido no sólo por gobernantes autoritarios, sino también, no pocas veces, por los propios gobernados.

Contemporáneamente, el 11 de septiembre de 2001 marca el inicio de una época en que las libertades y derechos individuales son restringidos y hasta desconocidos para luchar "contra el terrorismo", lucha que se libra en todos los frentes y con todos los medios. Esta situación sobrepasa los límites jurídicos y se desplaza en el campo oscuro de las exigencias políticas, de suerte que la sociedad se plantea ahora preguntas que no tienen respuestas claras, o que simplemente no tienen respuestas: "¿Cuándo una democracia constitucional puede, y debe, defender su libertad civil y política prohibiendo o restringiendo, precisamente, el ejercicio de esas libertades?"; y "hasta qué punto el derecho de autodefensa de la democracia puede interferir con el ejercicio de derechos individuales, como la libertad de expresión, de asociación y de reunión?"⁸.

8-2.- Jerarquía y ponderación de derechos.- Para resolver los casos en que se presenta —o se presume— una colisión de derechos, debido a sus limitaciones o a circunstancias especiales, el constitucionalismo estadounidense ha establecido dos métodos de interpretación que no son excluyentes, sino que pueden complementarse, y que son aplicados en Estados Unidos, así como en Europa y en Iberoamérica, aunque algunos tribunales y magistrados han expresado su desacuerdo con tales métodos por considerar que los derechos fundamentales tienen igual jerarquía y que su interpretación debe ser, por tanto, armonizadora y no jerarquizadora. (Corte

⁸ Preguntas que plantea Soledad Gallego-Díaz en su artículo "Una sentencia necesaria", diario "El País", Madrid, España, 14-12-07.

Suprema de la Nación Argentina, Dri c/ Nación Argentina, Fallos 264:94 (1966), cit. por Pedro Serna y Fernando Toller)⁹.

La jerarquización establece que hay derechos que tienen preferencia sobre otros y son, por ello, derechos preferentes, como los de la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, así como los relativos a la vida, la libertad, la seguridad y la dignidad de la persona, que son derechos personalísimos, en contraposición a los derechos “patrimoniales”, como los de propiedad y posesión, de industria y comercio, etc.

El otro método es el del “balancing test” o v, que, como su nombre lo sugiere, consiste en colocar en un extremo de la balanza los intereses colectivos y los bienes constitucionales, y en el otro los derechos individuales o subjetivos, para ver cuáles tienen mayor peso (o preferencia) en su aplicación a un caso concreto, sabiendo que la ponderación en abstracto de esos derechos da mayor peso a los primeros.

En la S.C. 1049/01-R, de 28 de septiembre, al resolver un Amparo Constitucional en el que el actor, que había incumplido sus deberes de asistencia familiar a sus hijos, demandaba su libertad física, el T.C. realizó una ponderación de esos derechos afirmando que “(...) en el marco de la norma citada el ejercicio del derecho a la libertad física del recurrente no puede sacrificar los derechos fundamentales a la vida, la salud física y mental, a la educación, la vivienda y el desarrollo integral que tienen sus hijos, pues no resulta razonable que el recurrente incumpla sus deberes de padre de familia, máxime si ya el año 1996 fue apremiado y luego de transcurridos seis meses fue puesto en libertad bajo un compromiso jurado de pagar la asistencia familiar adeudada; empero una vez lograda su libertad no cumplió con sus deberes y obligaciones, motivando que el monto se acumule (...), lo que significa que desde que logró su libertad no canceló la asistencia familiar, ni la que adeudaba anteriormente, ni los montos posteriores, por lo que el recurrente dejó completamente desprotegidos a sus hijos”.

8-3.- Incorporación de tratados y convenios internacionales.- El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, nacido en la segunda post-guerra mundial, ha evolucionado al punto de ser incorporado a la mayoría de las Constituciones de Europa y de América. Es así como la Constitución de España dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y los acuerdos internacionales...” (art. 10.2); y el art. 55 de la Constitución de Francia prescribe que los tratados y acuerdos debidamente ratificados, tendrán rango superior a las leyes de ese país.

⁹ Cit. por SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, en “La Interpretación constitucional de los derechos fundamentales”, LA LEY, Buenos Aires, Rep. Argentina, 2.000, p. 27.

En el ámbito de las Américas, el Pacto de San José o Convención Americana Sobre Derechos Humanos dispone que los Estados parte se obligan a respetar sus disposiciones y a aprobar las normas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades que contiene (arts. 1 y 2). Los arts. 45 y 62 facultan a los Estados a reconocer la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos en materias de interpretación y de aplicación de la Convención, lo que Bolivia ha hecho al ratificar ese tratado mediante Ley de 11 de febrero de 1.993.

En su S.C. 0102/2003, de 4 de noviembre, el T.C. ha dicho que

“(…) conforme ha establecido este Tribunal Constitucional a través de la interpretación integradora, los tratados, convenciones y declaraciones en materia de derechos humanos forman parte del ordenamiento jurídico del Estado como parte del bloque de constitucionalidad; entonces se convierten también en parámetros del juicio de constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas (...)”

8.4.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.- Al haber ratificado Bolivia el Pacto de San José y aceptado la competencia de sus dos órganos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el T.C. ha reconocido carácter vinculante a las opiniones consultivas y sentencias de los mismos, como puede verse en las SS.CC.0491/2003-R, de 15 de abril, y 0058/2003, de 25 de Junio.

9.- Efectos retroactivos.- El art. 33 de la Constitución de Bolivia dice que “la ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente”.

Este precepto responde a un principio universal de derecho que protege los derechos adquiridos y provee a la seguridad jurídica indispensable en la administración de justicia. Sin embargo, tratándose de la jurisdicción constitucional, ésta puede tener efectos retroactivos cuando, al declarar la inconstitucionalidad de una norma, determina su inexistencia; o sea que la nulidad de pleno derecho inherente a la inconstitucionalidad anula sus efectos *ex-tunc* (desde entonces), desde el momento en que se produjo la norma. Esta retroactividad tiene sus excepciones: 1) la cosa juzgada formal y material, y 2) si la jurisprudencia perjudica al imputado en materia penal. Así lo ha declarado la S.C. 1426/2005-R, de 8 de noviembre:

“La doctrina y la jurisprudencia comparadas han señalado de manera uniforme que el principio de irretroactividad no es aplicable al ámbito de la jurisprudencia, debido a que ésta sólo precisa el sentido y alcances de las normas, sin modificar o crear un nuevo texto legal. En este sentido, la norma interpretada por el juez no se

constituye en una nueva disposición legal, por cuanto la autoridad judicial no crea, mediante la interpretación, normas jurídicas diferentes. Conforme al entendimiento anotado, lo que un considerable número de Constituciones prohíbe es la aplicación retroactiva de la ley y no así de la jurisprudencia y, en consecuencia, es posible aplicar un nuevo entendimiento jurisprudencial a casos pasados, siempre y cuando –claro está- la disposición interpretada exista al momento de producirse los hechos. Es también uniforme el criterio, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de que las excepciones a la regla antes aludida están constituidas por: 1) la cosa juzgada, en la medida en que los nuevos entendimientos jurisprudenciales no pueden afectar los asuntos ya resueltos y que se encuentran firmes o inimpugnables, esto es, que tenga la calidad de cosa juzgada formal y material; y, 2) la jurisprudencia que perjudica al imputado en materia de derecho penal sustantivo; lo que implica que, en este último caso, no se pueden aplicar en forma retroactiva los entendimientos jurisprudenciales que afecten o desmejoren las esferas del imputado o condenado”.

La S.C. 0076/2005, de 13 de octubre, dice:

“La Constitución Política del Estado, al ser el fundamento del ordenamiento jurídico, no puede estar sometida a las reglas de la irretroactividad establecidas por la propia Constitución (art. 33) para las leyes y, en general, para toda norma jurídica infraconstitucional. En este sentido, se entiende que las reformas introducidas al texto constitucional tampoco están sometidas a esas reglas; al contrario, en virtud de las características anotadas y de la fuerza expansiva de la Constitución, es el ordenamiento jurídico el que tendrá que readecuarse a los nuevos lineamientos establecidos por la ley suprema.”

III. CONCLUSIONES

Hasta noviembre de 2007 el T.C. de Bolivia había pronunciado más de dieciséis mil resoluciones en ocho años de ejercicio jurisdiccional, a un promedio de dos mil por año, doscientas cincuenta por mes y ochenta por día, estableciendo una jurisprudencia actualizada, rica y diversa, a tono con el constitucionalismo contemporáneo.

Los efectos más relevantes de las sentencias del T.C. se han producido en el campo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, que han cobrado un protagonismo inexistente hasta 1999, año en que se inició la jurisdicción constitucional. A pesar de los empeños de los gobernantes de todo color por desconocer los fallos del Tribunal que no les favorecían, y hasta por eliminar el

Tribunal¹⁰, el ciudadano común siente que el Tribunal Constitucional es un muro de contención de los abusos y arbitrariedades de quienes ejercen los poderes públicos y privados.

Otros efectos importantes de las sentencias constitucionales se han producido en cuanto a las declaratorias de inconstitucionalidad de normas emitidas por los órganos Legislativo, Ejecutivo y Municipal, porque, al corregir las irregularidades normativas se desbroza el campo institucional de las malezas que perturban el orden jurídico, con los beneficios sociales e individuales que esto supone.

Hay que mencionar asimismo los efectos saludables que estas sentencias han tenido sobre la seguridad jurídica, tan importante para la convivencia civilizada y para la administración de justicia, la jurisprudencia del T.C. ha sido consistente y oportuna en esta materia.

Los efectos sobre la jurisdicción ordinaria han permitido delimitar claramente los ámbitos respectivos, pese a los malentendidos, que todavía subsisten, de parte de muchos magistrados y jueces ordinarios. La jurisprudencia del T.C. ha logrado establecer el concepto de que no existe cosa juzgada ordinaria cuando en el proceso se viola derechos fundamentales y el debido proceso sustantivo y adjetivo. El T.C. ha tenido el cuidado de no invadir ni desconocer la competencia de la justicia ordinaria, y así lo ha expresado en muchas de sus sentencias, manteniendo la colaboración, concurrencia y concordancia que debe existir entre ambas jurisdicciones.

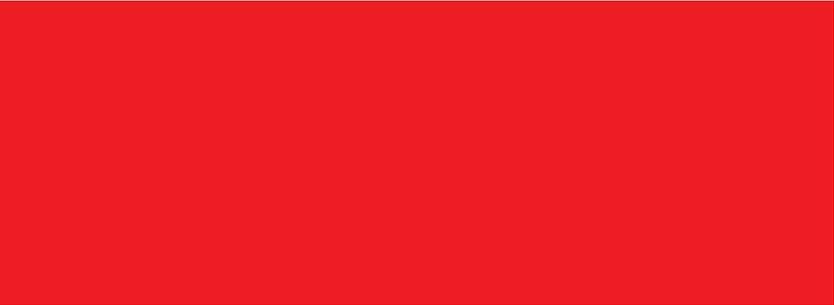
¹⁰ Ver nota (6) *supra*.



DEL ESTADO MULTICULTURAL AL ESTADO
PLURINACIONAL

*FROM THE MULTICULTURAL STATE
TO THE PLURINATIONAL STATE*

Rev. boliv. de derecho n° 8, julio 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 28-72



Juan Carlos
DURÁN
BÖHME

RESUMEN: En este trabajo el autor propone una lectura de la Constitución recientemente aprobada en Bolivia, a partir de uno de los caracteres principales del tipo de Estado que en ella se propone: la formulación del Estado Plurinacional Comunitario. A tales efectos ofrece una síntesis de los contenidos del “discurso de la diferencia cultural indígena” y señala su importancia como una de las fuentes ideológicas principales que subyacen al texto constitucional. Además, empleando como clave de interpretación dicho discurso, realiza un análisis de su incidencia en las partes centrales de la Constitución y apunta algunas consecuencias de la inclusión del principio de la plurinacionalidad en el sistema constitucional boliviano.

PALABRAS CLAVE: Estado multicultural, Estado plurinacional, derecho a la identidad cultural, derecho a la libre determinación

ABSTRACT: *In this paper the author proposes to read the recently approved Bolivian Constitution since the point of view of one of its main features regarding the type of State it creates: the formulation of the Plurinational Communitarian State. To this end the author synthesizes the content of the “discourse of the indigenous cultural difference” and points its role as one of the ideological main sources under grounding the constitutional text. Besides, using such discourse as an interpretation key, the author studies its influence in the main parts of the Constitution and points some consequences of the inclusion of the plurinationality principle in the Bolivian constitutional system*

KEY WORDS: *Multicultural State, Plurinational State, cultural identity right, self-determination right.*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.- II. EL DISCURSO DE LA DIFERENCIA CULTURAL INDÍGENA.- 2.1. El discurso de la diferencia cultural indígena: un discurso ideológico.- 2.2. El derecho a la identidad cultural y el derecho a la libre determinación.- 2.3. La crítica al Estado-Nación: el Estado monocultural y el Monismo Jurídico. III. LA CONSTITUCIÓN DE 1994 Y EL ESTADO MULTICULTURAL.- 3.1. El constitucionalismo cultural: un fenómeno regional. 3.2. La reforma constitucional de 1994. IV. LA CONSTITUCIÓN DE 2009 Y EL ESTADO PLURINACIONAL.- 4.1. El Preámbulo.- 4.2. Modelo de Estado.- 4.3. Derechos Fundamentales.- 4.4. Sistema de Gobierno.- 4.5. Estructura y organización de los poderes públicos. 4.6. Organización territorial del Estado.V. CONSIDERACIONES FINALES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Resultado de un polémico proceso constituyente, el 7 de febrero de 2009 entró en vigor en la República de Bolivia una nueva Constitución Política del Estado. Sin duda alguna se trata de un acontecimiento que ha quedado registrado en los anales de la historia constitucional boliviana. Y no únicamente por la evidente importancia que desde las más variadas perspectivas reviste para cualquier país el que se apruebe una nueva ley de leyes, sino además, y en especial, porque en esta ocasión se ha aprobado un texto que ha introducido en las materias fundamentales de la normativa constitucional boliviana numerosos elementos inéditos, muchos de ellos muy controvertidos.¹

El nacimiento del *Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario* al que refiere el artículo primero de la Constitución vigente entraña significativas modificaciones en el ordenamiento constitucional, inexistentes en la Constitución derogada. Estos cambios se encuentran a lo largo del texto constitucional y en todas las materias centrales: modelo de Estado, derechos fundamentales, sistema de gobierno, organización y estructura de los poderes públicos y organización territorial del Estado. Así, por citar algunos ejemplos, se ha creado un órgano de poder antes inexistente, el electoral, se han consagrado nuevas acciones tutelares de derechos, como la acción popular; se han estipulado procedimientos electorales de sufragio popular para la elección de magistrados del Órgano Judicial y se ha establecido un nuevo tipo de ordenación territorial del país.

De las novedades que presenta la Constitución Política del Estado vigente (CPEv) el presente trabajo de investigación aborda una temática en particular que, en nuestro

¹ La Constitución boliviana ha sido reformada en casi una veintena de ocasiones.

• **Juan Carlos Durán Böhme**

Licenciado en Ciencias Jurídicas, candidato a Doctor en Derecho Constitucional, Máster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales y Especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Docente universitario de las asignaturas de Derecho Constitucional y Sociología Jurídica en la Universidad Privada de Santa Cruz y en cursos de nivel posgrado. Correo electrónico: jcduranbo@gmail.com

criterio, constituye uno de los rasgos principales y distintivos de esta Constitución: la *formulación del Estado Plurinacional Comunitario*. Se trata de un concepto que alude a una manera de concebir y organizar el Estado como un conjunto de dispositivos destinados a garantizar la preservación y existencia autónoma de pueblos indígenas que son titulares del derecho a la libre determinación, dentro de ciertos cauces constitucionales.

No es exacto afirmar que la CPEv ha innovado en la temática indígena en la tradición constitucional boliviana. Fue la reforma constitucional de 1994 la que introdujo por vez primera la cuestión indígena en el ordenamiento constitucional, apelando al concepto de *multiculturalidad*. No obstante, los términos de formulación del *Estado Plurinacional Comunitario* suponen una ruptura respecto de aquella Constitución, y de todas las anteriores. La cuestión indígena ha dejado de ser tratada como un asunto de reivindicación cultural para pasar a ser reivindicación de derechos políticos colectivos. Además, ha dejado de ser una cuestión incidental a convertirse en un elemento central y transversal a todo el ordenamiento constitucional.

Tal vez el siguiente dato ponga en perspectiva el asunto. En la anterior Constitución 7 artículos trataban de manera directa algún aspecto relacionado con los pueblos indígenas o la cuestión cultural indígena. La categoría jurídica "*pueblos/ comunidades indígenas*" se repetía en 7 ocasiones. En gran contraste la CPEv dedica casi un quinto de sus 411 artículos, incluido el Preámbulo, a tratar algún aspecto relacionado con la interculturalidad, la diferencia cultural indígena o la participación de las naciones y pueblos indígenas en la sociedad y el Estado. El término "*indígena*" se utiliza más de 130 veces y la fórmula "naciones y pueblos indígenas originario campesinos" se repite en 58 ocasiones.

Lo novedoso e inédito de la reforma constitucional en este particular ha dado lugar a que las reflexiones jurídicas en torno a la materia sean incipientes. No existen antecedentes previos. En consecuencia, en nuestro criterio las reflexiones iniciales sobre esta temática deben ser lo suficientemente amplias como para comprender cuál es la razón de ser del "Estado Plurinacional". En el caso de la actual Constitución las condiciones que dieron lugar a su vigencia en el controvertido proceso constituyente son centrales para poder comprender los alcances en la materia de la plurinacionalidad. La existencia del Estado Plurinacional no puede entenderse sin el contexto histórico, los actores políticos y los discursos políticos que le dieron vida. Estos datos.

Las Constituciones suelen ser el resultado de acuerdos y pactos entre distintos actores políticos que pugnan por convertir en realidad su visión de cómo debe organizarse la vida social, que buscan conferir carácter jurídico constitucional a aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia, rescatándolos del ámbito pre-jurídico, si se quiere del ámbito político o puramente ideológico, e

insertándolos como principios en el Derecho. Cada proceso constituyente tiene sus actores principales y secundarios con pesos y posiciones relativos distintos a la hora de decidir. Los primeros ven satisfechas en mayor medida sus aspiraciones. Desde esta perspectiva el lugar privilegiado del tratamiento de lo indígena en la Constitución se explica a partir de un análisis de los contextos histórico y político que dieron lugar a la redacción del texto.

Fue el Movimiento al Socialismo (MAS), partido con representación mayoritaria en la Asamblea Constituyente, la fuerza política que en última instancia trasladó en gran medida en el texto constitucional su visión política e ideológica de cómo debe organizarse el Estado boliviano, determinando así en gran medida los contenidos del Proyecto. Al hacerlo, plasmó en el mismo una serie de discursos políticos e ideológicos que sostiene simultáneamente, entre los que resalta por su valor simbólico y político, el discurso denominado comúnmente como "indigenista". De esta manera, el discurso de la diferencia cultural indígena, que plantea un pensamiento y lenguaje político de reivindicación propio de los pueblos indígenas, logró moldear los perfiles de la Constitución de 2009.

La lectura de la CPEv que proponemos parte del dato de que existe un discurso ideológico, el de la diferencia cultural indígena, que ha dejado marcada su impronta en los contenidos constitucionales, en particular en la formulación del *Estado Plurinacional Comunitario*. Por ello, para poder comprender a cabalidad los términos y alcance de la nueva regulación constitucional se hace indispensable explicitar los distintos elementos del discurso de la diferencia cultural indígena y explicar de qué manera se han incorporado a la CPEv. Ese es el objetivo del presente trabajo.

A tales efectos la investigación se ha dividido en seis partes. En el punto segundo recurriremos a los resultados de algunas investigaciones que venimos realizando de un tiempo a esta parte en torno a la cuestión de las reformas legales en materia indígena en América Latina, con el propósito de exponer de manera general los contenidos principales de lo que hemos denominado como *discurso de la diferencia cultural indígena*. Enfatizaremos en aquellos conceptos que han incidido o han sido trasladados al texto del Proyecto constitucional: la juridización de las demandas indígenas, las reivindicaciones en torno al derecho a la identidad cultural y al derecho a la libre determinación de los pueblos y las críticas a las nociones de "estado monocultural" y "monismo jurídico".

En el tercer punto se explica de qué manera se introdujo el tratamiento de la cuestión cultural como una variable en el texto constitucional anterior; a partir del reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de la República de Bolivia y de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, es decir del reconocimiento del *Estado multicultural*.

En el apartado cuarto se revisan los contenidos de la CPEv en relación con la noción del “Estado Plurinacional”. A tales efectos tomamos en consideración cinco campos temáticos, presentes en toda constitución, que han sido afectados, en mayor o menor grado, por la introducción del *principio de la plurinacionalidad*: el modelo de estado, la forma de gobierno, los derechos fundamentales, la estructura y organización del poder público, y la organización territorial del poder. Finalmente, formulamos algunas observaciones referidas a las connotaciones y repercusiones normativas del “Estado plurinacional” en el sistema constitucional.

Para concluir esta introducción, cabe una aclaración. Este trabajo enfoca una cuestión concreta de la CPEv; supone un esfuerzo por comprender un aspecto fundamental, aunque al fin y al cabo uno más, del diseño de la Constitución en vigor. En este sentido somos conscientes, y ponemos al lector sobre aviso de ello, de que este trabajo acude a un cierto reduccionismo. Las simplificaciones que el lector sensible pueda detectar en las páginas siguientes son inevitables en un trabajo de limitada extensión como éste, que se realiza sobre un objeto de estudio inexplorado. En todo caso lo que aquí se presenta es el adelanto de una investigación más amplia y detallada que se encuentra actualmente en marcha, que se hace pública para propiciar el debate y discusión en torno a algunos de los elementos que plantea.

II. EL DISCURSO DE LA DIFERENCIA CULTURAL INDÍGENA

I.1. El discurso de la diferencia cultural indígena: un discurso ideológico

En la última década del siglo XX, en Bolivia, al igual que en otros países latinoamericanos, se aprobaron una serie de leyes destinadas a regular la materia indígena de manera transversal en distintos sectores del espectro jurídico. Entre estas destacaron por su importancia las normas constitucionales que reconocían por vez primera en la tradición constitucional patria el carácter multicultural de la Nación. A partir de esa reforma constitucional del año 1994 se dictaron, una tras otra, normas jurídicas que trasladaron la visión multicultural a campos tan distintos como, por ejemplo, la educación pública (Ley de la Reforma Educativa), la administración pública y la participación ciudadana, (Ley de la Participación Popular), o el régimen de propiedad agraria, (Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria, más conocida como ley INRA).

Este fenómeno del *reconocimiento jurídico de la diferencia cultural indígena* se produjo en un contexto de sostenida movilización y activismo político por parte de las organizaciones indígenas. Estas interpellaron al Estado y a la sociedad mestiza en su conjunto, poniendo de manifiesto la situación de extrema pobreza, de exclusión y de abandono en la que se encontraban los indígenas con respecto del resto

de la población. Ante ello estas organizaciones exigieron la adopción de medidas destinadas a revertir esas condiciones, reivindicando su particularidad cultural como colectivos diferentes a las mayorías mestizas nacionales, exigiendo se reconociesen sus derechos como tales.

Claro está que lo que se ha denominado históricamente como “problemática o cuestión indígena” no constituía novedad de los tiempos que corrían, ni mucho menos. La historia de levantamientos e insurrecciones indígenas en territorio boliviano data de varios siglos atrás. Sin embargo, la movilización indígena que promovió esas reformas -y cuyas organizaciones de base son las mismas hoy en día- es diferente a la que pudo haber existido en tiempos pasados, principalmente en dos aspectos. Por una parte, la fuerte articulación del movimiento indígena en *plataformas políticas*, tanto locales como internacionales. Por otra, *la propuesta de un discurso ideológico articulado propio* que tuvo fuerte repercusión en las reformas legales en materia indígena en toda Latinoamérica, Bolivia incluida, tanto en la anterior Constitución, como en la CPEv, como veremos más adelante.

La movilización indígena y el reconocimiento jurídico de la diferencia cultural indígena no son fenómenos exclusivos de la República de Bolivia. Se han producido de manera más o menos similar, aunque con matices y particularidades propias, en distintos países latinoamericanos. Sin embargo, en Bolivia se ha manifestado con mayor contundencia, debido al porcentaje demográfico indígena y, sobre todo, a partir de la consolidación de la presencia de organizaciones indígenas como la CIDOB y el CONAMAQ², o la fundación del Instrumento para la Soberanía de los Pueblos (IPSP), organización que dio lugar al Movimiento al Socialismo (MAS). El hito fundamental se produjo con la elección del candidato del MAS, Evo Morales, defensor de las reivindicaciones de los pueblos indígenas.

No corresponde ahondar en el tema de la formación de las plataformas de movilización política indígena, por más interesante que resulte. Sin embargo sí es importante dejar sentado que fue precisamente el MAS, la fuerza con representación mayoritaria en la Asamblea Constituyente que tenía por misión redactar la nueva Constitución, la fuerza política que finalmente logró plasmar su visión de país en el texto de la nueva Constitución. Mucho se dijo acerca del proceso constituyente, sobre su carencia de legitimidad y legalidad; lo cierto es que finalmente el texto de la actual Constitución fue sometido a referendo popular, habiendo sido ratificado por más de la mitad de los bolivianos.

² La CIDOB es una organización que nació como la Central de pueblos y comunidades indígenas del Oriente Boliviano y actualmente se denomina como Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia. La CONAMAQ es el Consejo nacional de Markas y Ayllus del Qullasuyu, organización que representa a los indígenas del Occidente boliviano.

Los postulados ideológicos del Movimiento al Socialismo se trasladaron en gran medida al texto constitucional, en especial aquellos referidos a las reivindicaciones y demandas de los pueblos indígenas. Resulta por tanto indispensable profundizar en los contenidos del discurso de la diferencia cultural indígena, como fuente de claves de interpretación de los contenidos de la CPEv. Para poder estimar adecuadamente los alcances del texto constitucional en lo que refiere al Estado Plurinacional Comunitario, sus contenidos deben analizarse desde el marco ideológico que sostiene las reivindicaciones indígenas, que han sido trasladadas en gran medida del plano de las ideas políticas al de las normas jurídicas constitucionales. Es aquí donde entra en escena el *discurso de la diferencia cultural indígena*, que refiere al *conjunto de postulados que sirven de marco interpretativo y argumentativo de sus reivindicaciones*. Para ponerlo más sencillo, es otra manera de referir a la ideología más conocida como *indigenismo* o *indianismo*.

El discurso de la diferencia cultural indígena se ha ido construyendo con el tiempo a través de las contribuciones de las propias organizaciones indígenas, de intelectuales y agrupaciones que simpatizan con su causa. Ciertamente los pueblos indígenas son numerosos y cada uno de ellos plantea sus reivindicaciones en términos concretos ajustados a sus necesidades particulares y a su contexto. No obstante es posible identificar un discurso indígena común, sostenido por las distintas organizaciones indígenas tanto en los planos nacionales como en el internacional.³

Una de las principales características del discurso indígena consiste en que los pueblos indígenas al plantear sus reivindicaciones han agrupado sus pretensiones en términos de *reforma legal*, es decir de *constitución de normatividad jurídica*. En palabras de un especialista en el tema, se trata de la conversión del conjunto de reivindicaciones locales en un reclamo genérico de reforma constitucional y legal, así como de reconocimiento de una legalidad indígena propia, es decir de la *juridización de las demandas indígenas*.⁴

Para ello los indígenas han optado por un lenguaje que se desenvuelve en el ámbito de los “derechos”, lo que explica que los debates acerca del reconocimiento jurídico de la diferencia indígena hayan tenido siempre como telón de fondo la disputa en torno al reconocimiento o negación de derechos.⁵ Paradójicamente, al mismo tiempo que los indígenas han planteado sus demandas en términos de derechos

³ Cuando decimos que se trata de un discurso ideológico lo hacemos en un sentido neutro. Por discurso entendemos un conjunto coherente y articulado de ideas, principios y valores orientados a la acción política. En este sentido, la generalidad de los grupos políticos obran, en mayor o menor medida, conforme a discursos ideológicos más o menos elaborados.

⁴ D. ITURRALDE, “Pueblos Indígenas en América Latina y reformas neoliberales”, Anuario Social y Política de América Latina y el Caribe, Caracas, FLACSO/UNESCO/Nueva Sociedad, 2000, p.60.

⁵ Como desarrollaremos más adelante tanto el modo de argumentación de la necesidad de reconocimiento de la diferencia cultural desde la línea culturalista que pone el énfasis en el derecho a la identidad cultural, como en la línea colectivista de reivindicación del derecho a la libre determinación la apelación a la idea de derechos es central.

humanos, también han cuestionado la validez y alcance del propio concepto de derechos humanos, cuando menos en su sentido clásico.

I.2. El derecho a la identidad cultural y el derecho a la libre determinación.

Decíamos que el discurso de la diferencia cultural indígena plantea sus reivindicaciones en términos de reforma legal y de reconocimiento de derechos especiales para los colectivos indígenas. En este entendido, son dos los modos generales de argumentar la necesidad del reconocimiento de los derechos diferenciados: el identitario individual y el identitario colectivo. Esta distinción teórica no implica que las dos líneas sean divergentes o paralelas; por el contrario, son convergentes. Suelen utilizarse de forma combinada y el énfasis puesto por los pueblos indígenas en el uso de las baterías argumentales que proveen es variable. Su alternancia depende de las estrategias políticas adaptadas según los escenarios políticos y sociales en que actúan; si son externos o internos, y dentro de estos últimos, de las variables propias de cada realidad nacional como, por ejemplo, el peso demográfico indígena, su poder de influencia y decisión en la arena política o su capacidad de incidir en los procesos de creación normativa.

El primer modo, al que denominamos *culturalista*, se desarrolla en torno a la idea de la defensa de la identidad cultural como un derecho que asiste a todos los seres humanos en cuanto individuos. Desde esta perspectiva las reivindicaciones de los derechos de los pueblos indígenas se entienden como parte de la lucha por el derecho a la identidad cultural, requisito indispensable para hacer efectivo el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de los individuos indígenas, en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos. Por tanto, el Estado tiene el deber de respetar y promover la diferencia indígena, pues esta configura necesariamente el entorno real en el que los indígenas entienden, ejercen y gozan de sus derechos humanos.

Se trata de una reivindicación propia de las minorías culturales en todo el mundo, independientemente de si se trata de grupos originarios de los territorios donde viven, o no. Un dato importante: la exigencia del derecho a la identidad cultural no requiere, en principio, el reconocimiento de un especial derecho de la minoría respecto del territorio donde está asentada.

El segundo modo de argumentación, el *identitario colectivista*, sostiene las reivindicaciones indígenas ya no en términos de derechos de los individuos, sino más bien del derecho de los pueblos indígenas, como colectivos, a gozar de su *identidad cultural colectiva*, entendida ésta como una de las expresiones de su vida comunitaria. Al constituir las comunidades indígenas entidades históricas cultural y políticamente diferentes al resto de la población de los países en los que viven, serían acreedoras de lo que en el Derecho internacional se ha denominado como *derecho a la libre*

determinación. Los distintos Estados en los que se encuentran los pueblos indígenas estarían obligados a reconocer este su derecho.

Ambas líneas argumentales tienen su propio peso específico y su importancia. Sin embargo, analizaremos en detalle la línea de reivindicación colectiva, por dos razones. Primero, porque del reconocimiento de las demandas indígenas en estos términos, se sigue el reconocimiento de las reivindicaciones de los indígenas como individuos, razón por la cual hoy en día los pueblos indígenas sostienen de manera generalizada esa línea. Segundo, por la incidencia que ha tenido en la CPEv.

La reivindicación del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación consiste en el siguiente silogismo. Su primera premisa consiste en el reconocimiento de la existencia de la categoría "pueblos" como predicable respecto de ciertos colectivos humanos, tal como se encuentra estipulada por normas de Derecho internacional y confirmada por una extensa práctica en las relaciones internacionales.⁶ Esta calidad hace a la comunidad política acreedora al *derecho a la libre determinación* es decir, a decidir libremente sobre los términos de su organización política y desarrollo y a establecerse en un territorio determinado.

La segunda premisa se construye a partir del reconocimiento de la legítima entidad diferenciada de las comunidades indígenas como auténticos pueblos preexistentes a los Estados en que habitan y sustancialmente distintas de las comunidades mayoritarias con las que conviven. A pesar de haber sido sometidos a un proceso histórico de colonización, aculturación y dominación a manos de potencias coloniales en un primer momento y de estados republicanos neocoloniales después, estas comunidades indígenas mantendrían intacta su calidad de "pueblos" o "naciones".

La conclusión de estas dos premisas es el reconocimiento de la calidad de "pueblos" para las comunidades indígenas y, por consiguiente, de su derecho a la libre determinación. Es decir que los indígenas tienen derecho a decidir autónomamente los términos de su organización y desarrollo y, adicionalmente --y esto es muy importante-- *a contar con un territorio propio*.⁷ Los Estados estarían, por tanto, obligados a reconocer la calidad de pueblos a las comunidades indígenas y a reconocerles su derecho a la libre determinación.

Sobre el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, R. STAVENHAGEN, antropólogo y sociólogo mexicano comprometido con la causa indígena, actual Relator especial de Naciones Unidas para la situación de los derechos

⁶ Ver la Res. 1514 (XV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, la Res. 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970, y el artículo I de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966.

⁷ Algunas reflexiones en torno al tema genérico del derecho a la libre determinación y el derecho al territorio en la era poscolonial en D. Knight, "Territory and People, or people and territory. Thoughts on Poscolonial Determination", *International Political Science Review*, Vol. 6, No. 2, 1985, pp. 248-272.

y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, quien en su momento se pronunció abiertamente en favor del Proyecto de Constitución, señala:

El concepto de pueblo como distinto a los estados constituidos surge en el marco de las luchas por la descolonización y la liberación nacional. La práctica internacional concede el derecho a la libre determinación a los pueblos de los territorios colonizados pero no a las minorías. Los pueblos indígenas tienen buenos argumentos para demostrar que son o han sido pueblos colonizados. Por ello reclaman ser considerados como “pueblos” para poder disfrutar del derecho de libre determinación.⁸

Se trata de una idea que se encuentra en diversos documentos de organizaciones indígenas, por ejemplo:

En el interés por encontrar una denominación común, la mejor de ellas quizá es la de pueblos indios, ya que la categoría de pueblo tiene un rango en los documentos de derecho internacional (ONU, OEA), donde se especifica que todos los pueblos tienen derecho a la autodeterminación.⁹

De un tiempo casi todos los movimientos indígenas sostienen la reivindicación indígena del derecho a la libre determinación, pues constituye una *metademanda*. Es el tronco del que nacen y se legitiman todas las reivindicaciones indígenas, en especial aquellas que, como el reconocimiento de espacios territoriales indígenas autónomos, no se deducen pacíficamente de la línea identitaria culturalista. Por tanto, en los últimos tiempos una parte significativa de la discusión en torno a la cuestión indígena se ha centrado en este punto. Ello ha dado lugar a matices en cuanto a los términos del reconocimiento del derecho a la libre determinación, proponiéndose algunas modulaciones al respecto.

De hecho, en la práctica, el reclamo y el reconocimiento del derecho a la libre determinación ha presentado importantes matices. Así, por ejemplo, se habla de un “derecho a la determinación interna”, modalidad especial del derecho a la libre determinación, de la que no se seguiría necesariamente el reconocimiento del derecho a la secesión. En su virtud los pueblos indígenas continuarían su existencia dentro de los Estados de siempre, pero en calidad de unidades culturales autónomas con derecho a negociar los términos de su inclusión en los mismos.¹⁰

⁸ Roberto Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, en Esther JELIN y Eric HERSCHBERG, *Construir la democracia: Derechos Humanos, Ciudadanía y Sociedad en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1996, p. 124.

⁹ En «II Encuentro Continental Campaña 500 años de Resistencia Indígena», 1991, p. 39. Este extracto corresponde a uno de los acuerdos de este encuentro, y es una ratificación de una resolución tomada por la Comisión Autodeterminación y Proyecto Político del I Encuentro Continental de Pueblos Indios, realizado en Julio de 1990 en Quito.

¹⁰ Stavenhagen, p. 127.

Adicionalmente, y en la misma línea de modulación del planteamiento de la libre determinación, se ha acompañado como parte inherente al derecho de autodeterminación interna, la necesidad de reconocer derechos históricos de los pueblos indígenas a los territorios ancestrales y de darles consistencia política real a través de la constitución formal de *territorios indígenas* que aseguren su reproducción y continuidad material y cultural.¹¹ Ello supone el reconocimiento de sus asentamientos ancestrales dentro de la estructura y organización territorial del Estado, como espacios sujetos a gestión indígena, tanto en el uso, aprovechamiento y manejo de los recursos naturales, como en el control sobre los procesos de orden político, económico, social y cultural.

1.3. La crítica al Estado-Nación: el Estado monocultural y el Monismo Jurídico.

Decíamos que las reivindicaciones indígenas se plantean en términos de reconocimiento de derechos diferenciados. Por regla general, los Gobiernos han sido reacios a aceptarlos, por conflictos de intereses referidos a los recursos naturales situados en los enclaves indígenas, pero también porque su reconocimiento pone en entredicho una cierta manera tradicional de entender el Estado. De hecho, el discurso de la diferencia cultural indígena plantea algunas críticas de carácter filosófico-político a conceptos fundamentales en la construcción del Estado y del Derecho en Latinoamérica, que sirven de sostén teórico a sus propuestas políticas.

En este apartado revisaremos dos de estas críticas, que constituyen lugares comunes de las argumentaciones en materia, y cuyas repercusiones alcanzan a la idea misma de Estado y Derecho: *el rechazo del Estado monocultural y del Monismo jurídico*. Ambos elementos críticos son funcionales al conjunto del discurso: se implican y refuerzan mutuamente. Son, además, esenciales para comprender los contenidos de la CPEv en lo referido al Estado Plurinacional.

a) El estado monocultural

La crítica al *Estado monocultural* comprende un cuestionamiento de dos dimensiones de los Estados en los que viven los indígenas: la real y la teórica. En

¹¹ Al respecto ver Gregorio Zuñiga Navarro, "Los procesos de constitución de territorios indígenas en América Latina", *Nueva Sociedad* No. 153, 1998, p. 141-155; Diego Iturralde, *Tierras y territorios Indígenas: discriminación, inequidad y exclusión*, Documento preparado para el UNRISD (United Nations Research Institute for Social Development) presentada en la Conferencia sobre Racismo y Políticas Públicas el septiembre de 2001 en Durham, Sudáfrica; José Aylwin, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas a la tierra y al territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales*, ponencia presentada en la Sesión de Trabajo del Grupos sobre la Sección Quinta del Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Estados Americanos, el 7 y 8 de noviembre de 2002 en Washington D.C., OEA/Ser.K/XVI GT/DADIN/doc.96/02.

lo que refiere a la realidad misma, pone de manifiesto el ejercicio sistemático y prolongado de violencia y de dinámicas de aculturación y exclusión política, social y económica a las que han sido sometidos los pueblos indígenas dentro de los procesos de constitución y construcción estatales de las repúblicas latinoamericanas.

Esta observación al obrar histórico de los Estados respecto de los pueblos indígenas, tiene por objeto cuestionar su legitimidad en cuanto a los resultados y acciones favorables reales que aquellos han propiciado a favor de estos. El fundamento empírico que sostiene esta dimensión de crítica al Estado monocultural son los datos estadísticos de los distintos países donde habitan indígenas y que tienden a mostrar que éstos son, en efecto, los más pobres entre los pobres.¹²

Por otro lado, en un plano ya no real sino teórico, la *monoculturalidad* no sería únicamente una cuestión de hecho determinada por el obrar incorrecto e injusto de élites gobernantes que desconocían marcos jurídicos justos y aceptables que regían formalmente la vida social, sino que sería un vicio constitutivo y estructural de la estatalidad de los países latinoamericanos, que habría originado la exclusión y discriminación de los pueblos indígenas. Lo que aquí se pone en tela de juicio es el concepto de Estado como organización política que acoge en su seno una comunidad culturalmente homogénea. Se cuestiona los fundamentos teóricos que lo legitiman como inadecuados para dar cabida a una convivencia cultural justa e igual entre culturas.

Esta monoculturalidad del Estado vendría determinada por la manera en que se concibe la génesis del poder en los Estados-nación del siglo XIX, según el discurso indígena aún vigente y consagrado en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. El problema radica en que la idea de *pacto social* presupone una cierta homogeneidad cultural entre los miembros de la comunidad política, lo cual nunca ocurrió en las repúblicas americanas emancipadas. El supuesto de la existencia de tal comunidad de cultura occidental e individualista que consiente pactar para constituir un poder superior que gobierne sobre las bases de la de la igualdad formal ante la ley y de la preeminencia de la libertad del individuo sobre el colectivo, fue una falacia que no correspondía con las cosmovisiones indígenas ni su forma de organizarse política y socialmente.

Se trata pues de una crítica de fondo a la noción liberal del "contrato social", que en palabras de Luis VILLORO, filósofo defensor del indigenismo en México, se explica de la siguiente manera:

El Estado nacional fue un producto de la mentalidad moderna. Se fundó en la idea de un poder soberano único sobre una sociedad homogénea que

¹² Datos estadísticos sobre la situación de los pueblos indígenas en G. Hall y H. Patrinos, *Pueblos Indígenas, Pobreza y Desarrollo Humanos en América Latina, 1994-2004*, Estudio para el Banco Mundial.

se compondría de individuos iguales en derechos, sometidos al mismo orden jurídico. Su ideal profesado era el de una asociación libre de ciudadanos, que se ligan voluntariamente por contrato. Incluía la libertad y la igualdad de derechos de todos los contratantes, cuya mejor expresión se dio en las declaraciones de derechos humanos de las revoluciones norteamericana y francesa. El Estado era visto como el resultado de la voluntad concentrada de individuos autónomos. Suponía por lo tanto, la uniformización de una sociedad múltiple y heterogénea y la subordinación de las diversas agrupaciones y comunidades, detentadoras antes de diferentes derechos y privilegios, al mismo poder político central y al mismo orden jurídico.¹³

Así la *monoculturalidad* constituiría un mal congénito inherente a los “estados republicanos liberales”, que fueron contruidos de espaldas a la realidad, apelando a una ficción culturalmente homogeneizante de origen foráneo e ignorando las auténticas realidades de los espacios americanos liberados, poblados en gran medida por indígenas, que en última instancia no fueron considerados ni en su calidad de individuos ni de indígenas. En consecuencia, el proceder del Estado respecto de los pueblos indígenas no podía haber sido distinto del que en realidad fue, pues el propio modelo, por estar construido de espaldas a la realidad, por los presupuestos de los que partió, fue y es inadecuado para gestionar la convivencia de un conjunto de culturas distintas en el seno de un mismo Estado en plano de igualdad.

La idea de la monoculturalidad está necesariamente asociada al fenómeno y discurso de la *colonialidad*. Los pueblos indígenas no habrían consentido, en principio, ser parte de estas naciones en condiciones que suponían la aniquilación de sus culturas y de su peculiaridad política. De hecho, fueron forzados a ello, de tal modo que aún en el período republicano se vieron nuevamente dominados por la pervivencia de estructuras de dominación coloniales y la imposición de pautas culturales ajenas a las suyas.

La crítica al monoculturalismo y a la colonización cuestiona la legitimidad de modelos que, desde la lectura del discurso indígena, se constituyeron en soporte legitimador teórico, jurídico y moral de los procesos históricos de discriminación y exclusión indígenas. La necesidad de modificar las bases teóricas de la organización estatal para incluir a los colectivos indígenas como titulares del derecho a la libre determinación resultaría, asumidos estos supuestos, incuestionable. Sus cimientos no serían adecuados para expresar y dar soluciones a las necesidades de una realidad pluricultural, por lo que se hace necesario replantear los términos de la convivencia entre los pueblos.

¹³ L. VILLORO, “Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos” en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 3, 1995, p. 7.

Como alternativa a este modelo, como mecanismo para enmendar los vicios monoculturales de la organización “estatal liberal decimonónica”, el propio discurso indígena ha propuesto distintas medidas, cuyos contenidos dependen, nuevamente, del énfasis que se ponga en la postura identitaria individualista o colectivista. Las propuestas van desde la acomodación de la diferencia indígena en los marcos y estructuras constitucionales vigentes a través de medidas como, por ejemplo, el reconocimiento de una participación diferenciada de los pueblos indígenas en los órganos de decisión política, el reconocimiento del Derecho indígena y la Jurisdicción indígena y la constitución de unidades territoriales indígenas autónomas en las estructuras organización territorial del poder (Estado multicultural), hasta refundación estatal a partir de una organización multinacional o federal donde se reconozcan las entidades nacionales de los pueblos indígenas y la reconstrucción de las estructuras organizacionales y territoriales de un pasado pre-colonial, con control total de su gestión, la independencia de los territorios indígenas, entre otros (Estado plurinacional).

b) El Monismo Jurídico

Parte de las críticas lanzadas al Estado monocultural desde el discurso indígena han aterrizado también sobre las estructuras jurídicas que lo sostienen. La tónica de estos cuestionamientos parte de la idea de que el Derecho ha sido una pieza clave en la estrategia del Estado para disolver las particularidades de los pueblos indígenas y asegurar las condiciones que hacen posible el ejercicio hegemónico del poder por parte de los grupos culturales históricamente dominantes. Así, el Estado monocultural habría buscado terminar con las culturas indígenas valiéndose del Derecho estatal para prohibir y erradicar las maneras propias y particulares de organización política y jurídica de estos pueblos. Esta idea del Derecho estatal como instrumento del Estado monocultural se ha articulado en el tópico de la crítica al *Monismo jurídico*.

De la misma manera en que el discurso de la diferencia cultural indígena reivindica la existencia real de los pueblos indígenas frente a la invisibilización promovida por el estado monocultural, también reclama, como consecuencia de ello, la existencia del *pluralismo jurídico* entendido éste como la coexistencia dentro de un mismo espacio estatal de un sistema normativo estatal y otro(s) de origen indígena, de similar valor o legitimidad, que exigen obediencia y son eficaces.¹⁴

¹⁴ En virtud de la difusión del discurso indigenista y de las reformas legales en materia del reconocimiento del Derecho indígena el empleo de la locución *pluralismo jurídico* ha llegado a identificarse en el lenguaje común con el fenómeno de la coexistencia del derecho estatal y el indígena, y en este sentido lo utilizamos en este trabajo. No obstante, habrá que recordar que, desde la perspectiva de los estudios socio-jurídicos, el empleo del concepto tiene ya una extensa trayectoria para referir a la coexistencia de distintos órdenes normativos de distinta naturaleza, tanto nacional como supranacional. Una sucinta relación de autores y temas del pluralismo jurídico en Carlos María Cárcova, *La Opacidad del Derecho*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 66 y ss.. Ver también G.

El discurso indígena reivindica la existencia del Pluralismo jurídico como expresión de la existencia del pluralismo cultural fáctico y no como un mero proyecto futuro.¹⁵ El Pluralismo Jurídico constituye la prueba de la pervivencia de las culturas ancestrales indígenas a pesar de los procesos de aculturación promovidos desde los Estados, y que en el campo de la actividad jurídica se expresa claramente en la actitud de los operadores del Derecho. La ideología del estado monocultural operaría en la dimensión jurídica a través del *Monismo jurídico*.

La asunción del Monismo jurídico habría configurado la manera de comprender el Derecho de la sociedad mestiza mayoritaria, y en especial de los operadores del Derecho, especialmente refractarios al pluralismo jurídico, por construir su visión del fenómeno jurídico a partir de una explicación supuestamente científica, el positivismo jurídico, de cómo opera el “verdadero Derecho”. Para estos el Derecho queda reducido a la existencia de un único Derecho obligatorio, escrito y de origen estatal, aun a pesar de que en los hechos éste no sería sino *papel mojado* al interior de las comunidades indígenas, que se regirían por sus propias normas.

Vicente CABEDO MALLOL sostiene este planteamiento cuando afirma que “los juristas, en su mayoría anclados en el positivismo jurídico, únicamente se han interesado por el derecho escrito, codificado, el derecho estatal, minusvalorando al Derecho Indígena, al cual no reconocen como tal.”¹⁶ La especialista peruana en derecho consuetudinario indígena Raquel YRIGOYEN, quien se pronunció en su día a favor del Proyecto de Constitución, expone la misma tesis de la siguiente manera:

Hasta antes de estas reformas [las constitucionales en materia indígena], la teoría del Derecho dominante en Latinoamérica se fundaba en las teorías kelsenianas sobre la identidad Estado-Derecho o “monismo jurídico”, esto es, que a un Estado le corresponde un solo sistema jurídico o derecho. Por ello, toda norma o sistema normativo que no proviniese del Estado o de los mecanismos autorizados por él, se denominaban “costumbres” y sólo eran admisibles jurídicamente a falta de ley y nunca en contra de ella (en cuyo caso podían configurar delito). Este marco suponía el monopolio estatal de la violencia legítima, por el cual sólo el Estado y sus aparatos tenían potestad para intervenir en la regulación de la vida social y en el uso de la fuerza legítima para la persecución y represión de hechos considerados delictivos.

Woodman, Ideological Combat and Social Observation. Recent Debate about legal pluralism”, *Journal of Legal Pluralism and unofficial Law*. No. 42.

¹⁵ Existen dudas en cuanto al significado del concepto de pluralismo jurídico cuando se ha utilizado para describir no una realidad fáctica, sino una política de estado, o incluso una manera de entender la realidad. En este sentido Magdalena Gómez proponía algunos criterios para salvar algunas de estas confusiones: “El pluralismo jurídico sería un principio que debería permear todas las disposiciones jurídicas del orden nacional que se reconocza pluricultural. En este sentido la jurisdicción indígena sería expresión de este principio”. “La pluralidad jurídica: ¿principio o sistema?” *Memoria del II Seminario Internacional sobre administración de justicia y pueblos indígenas*. San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, 285-306.

¹⁶ Vicente Cabedo Mallol, *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*, Valencia, Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia, 2004, p. 43.

La noción del Estado-Nación, aparejada a la teoría del monismo jurídico, le daba fundamento y supuesta legitimidad política a la identidad Estado-derecho.¹⁷

Las reivindicaciones en torno al reconocimiento del Pluralismo jurídico suponen una crítica a la imposición de un único orden jurídico, de una única administración de justicia y la consecuente criminalización o sanción de otras, cuando en la realidad son varios los sistemas que funcionan simultáneamente de manera legítima. En consecuencia la verificación y reconocimiento de esta pluralidad de justicias, coincidentes con una pluralidad de culturas, da lugar a la reivindicación de la necesidad de recuperar uno de los instrumentos más importantes de reproducción cultural de los pueblos: el crear, aplicar y sancionar su propio Derecho.

Las demandas en torno al Pluralismo jurídico pueden resumirse en la exigencia del reconocimiento de una *Jurisdicción indígena* que implica, cuando menos, dos asuntos principales. Primeramente, la aceptación estatal del vigor, aplicabilidad y exigibilidad de las normas indígenas, por lo general de naturaleza consuetudinaria, así no correspondan o vayan en contra de algunas vigentes en el orden estatal; es decir, la existencia legítima y legal de un *Derecho Indígena*. En segundo lugar, las facultades reconocidas de administrar justicia a autoridades nativas conforme a sus procedimientos, es decir la atribución de facultades jurisdiccionales y administrativas.

Los alcances de estas demandas presentan matices en torno a la subordinación o coordinación entre sistemas normativos; van desde la exigencia del reconocimiento de una jurisdicción indígena limitada que se integra a la justicia estatal, en menor o mayor grado -casi siempre limitada por las barreras infranqueables que imponen los derechos humanos internacionalmente reconocidos-, hasta la demanda del reconocimiento de una justicia indígena paralela, en el mismo nivel de la estatal.

Los planteamientos del Pluralismo jurídico suelen ser en mayor o menor medida resistidos por las comunidades jurídicas, pues ponen en entredicho algunas nociones que se tienen por dogmas de la teoría y filosofía políticas del Estado moderno, así como de la teoría y prácticas jurídicas. La reivindicación de un pluralismo jurídico demanda importantes modificaciones legales de fondo, que obligan a replantear cuestiones fundamentales acerca de los modos en que se concibe y organiza el Poder en el Estado y del concepto del Derecho como técnica de regulación social y objeto de estudio. No sorprende que, independientemente de que la comunidad jurídica abrace o no lo que se llama Monismo jurídico, la implantación del pluralismo jurídico levante cuestionamientos de todo tipo, y sobre todo dudas acerca de las maneras más adecuadas de armonizar la justicia estatal con la indígena.

¹⁷ Raquel Yrigoyen Fajardo, "Reconocimiento constitucional del Derecho Indígena y la jurisdicción especial en los países andinos: Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador." *Revista Pena y Estado* N° 4. Buenos Aires, 2000.

III. EL ESTADO MULTICULTURAL: LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO BOLIVIANO DE 1994

3.1. El constitucionalismo cultural: un fenómeno regional

Decíamos que el discurso de la diferencia indígena postula críticas de fondo que cuestionan las estructuras de los órdenes políticos, filosóficos y jurídicos que sostienen los Estados en Latinoamérica, y en Bolivia para el caso que nos interesa. Las demandas que sostienen los indígenas son controvertidas precisamente por plantear reformas jurídicas, especialmente constitucionales, que parecieran, *prima facie*, incompatibles con los principios y valores que rigen los ordenamientos constitucionales. Se entiende pues la insistencia de los indígenas en incorporar sus demandas en la cúspide del ordenamiento jurídico, la Constitución, como garantía de que no se desconocerán sus derechos. En efecto, dejar estas regulaciones para niveles infra constitucionales no hubiese tenido sentido, ante la real posibilidad de devenir inconstitucionales.

La inclusión constitucional de la diferencia cultural indígena ha sido celebrada por los pueblos indígenas como una victoria histórica. Los representantes indígenas han proclamado que la unidad social queda con este reconocimiento fortalecida y legitimada, por recoger el documento jurídico y político principal de convivencia social los intereses y necesidades de un conjunto más amplio de la ciudadanía. La *constitucionalización de la diferencia indígena* posee, en consecuencia, tanto un valor simbólico como jurídico: constituye, por una parte, la prueba de la legitimidad del Estado en su tratamiento respecto de los pueblos indígenas, y al mismo tiempo, la garantía de que se van a respetar los términos en que se plantean las nuevas reglas de convivencia cultural.

El carácter pluriétnico y pluricultural de los Estados ha sido recogido expresamente por varios documentos constitucionales: en Colombia (1991) “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (Art. 7); en Perú “el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación” (Art. 2 inc. 19); Bolivia (1994) se reconoce como un estado “...libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural...” (Art. 1); Ecuador (1998) se reconoce en términos similares como “...un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico.” (Art. 1); y México (2001) declara que “La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.” (Art. 2).

Los ejemplos citados dan fe de la tendencia regional a la que aludíamos, que por otra parte tiende a acentuarse, dando lugar a lo que algunos han denominado

como un *constitucionalismo cultural*. Sin embargo, no por ello debemos desestimar la diversidad de los matices de la regulación en la materia. La importancia de esta diversidad queda patentemente manifiesta en el caso boliviano en el que de una regulación multicultural que consideraba la pluriculturalidad como aspecto esencial de la construcción estatal, aunque concurrente con tantos otros, se ha pasado a una Constitución que hace de la preservación de la diferencia cultural una de las razones de ser del Estado.

3.2. La reforma constitucional de 1994

En 1994, por obra de una reforma parcial de la Constitución boliviana que se encontraba vigente desde el año 1967, por vez primera en la historia del Derecho boliviano se aprobaron normas constitucionales referidas al tratamiento y acomodación de la diferencia cultural indígena desde una perspectiva multiculturalista. Posteriormente, a raíz de la reforma constitucional del año 2004 se añadirían otros preceptos referidos a la misma temática, más concretamente en el campo de la participación política de los pueblos indígenas en procesos democráticos.

La introducción de esta normativa supuso un punto de inflexión histórico de un sistema jurídico constitucional que había prácticamente invisibilizado la existencia de lo indígena, y que se abrió a una renovada concepción que reconocía el pluralismo cultural y la existencia de una pluralidad de culturas como valiosa para la existencia del Estado. Los pocos artículos que regulaban la materia fueron de importancia fundamental para los pueblos indígenas, pues en ellos se ampararon para reivindicar sus derechos, no sólo políticamente sino también ante instancias jurisdiccionales.¹⁸

Las normas constitucionales que recogieron el pluralismo cultural (Arts. 1, 171, 222, 223 y 224) se convirtieron en referente y norte normativo para los desarrollos de leyes que validaron y dieron mayor concreción a los postulados pluralistas en múltiples sectores jurídicos como, por ejemplo, el derecho administrativo, el penal, hidrocarburos o forestal, dando lugar a un verdadero *estatuto jurídico indígena*.

El artículo primero de esa Constitución establecía:

“Artículo 1.-

I. Bolivia, libre, independiente, soberana, *multiétnica* y *pluricultural* constituida en República Unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa

¹⁸ Toca destacar además el Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 27 de junio de 1989, en vigor a partir del 5 de septiembre de 1991, y ratificado por el Congreso boliviano mediante Ley N° 1257, de 11 de julio de 1991. Junto a este instrumento internacional, y con alcance mundial, aunque con menor potencia jurídica, existe la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2007, y ratificada por el Congreso boliviano como ley de la República, mediante Ley de 7 de noviembre de 2007.

y participativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos (...).¹⁹

En este artículo, de forma preliminar al desarrollo de las demás normas constitucionales, como indicaba el propio Título en el que estaba inserto, se proclamaban los caracteres básicos de la organización política llamada República de Bolivia. Se trata de una declaración previa, de una afirmación de principio que sienta los fundamentos sobre los que se construirá en adelante todo el edificio constitucional. En ella se enuncian como atributos del Estado la libertad, la independencia, la soberanía y su carácter *multiétnico y pluricultural*.

El artículo 171 constituía la disposición más importante en la regulación del Estado multicultural, tanto por su dedicación exclusiva a la materia como por la multiplicidad de tópicos que recogía en su contenido.

“Artículo 171.-

I. Se reconocen, se respetan y protegen en el marco de la Ley, *los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas* que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus *tierras comunitarias de origen*, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.

II. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.

III. *Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y a las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado.*”

Este artículo juntamente con el primero conformó la columna vertebral de la regulación del estatuto jurídico de los pueblos indígenas en la República de Bolivia. En tan solo tres párrafos se trató una gran cantidad de temas relacionados con el multiculturalismo: el reconocimiento de los derechos colectivos indígenas, la concesión de facultades en lo respectivo al régimen de propiedad de la tierra y la explotación de los recursos que en ella se encuentran, la protección de la identidad indígena en sus diversas manifestaciones y el reconocimiento del derecho indígena como del poder jurisdiccional y administrativo de sus autoridades. Veamos brevemente cómo se trataron estas materias.

¹⁹ Las cursivas son nuestras. De aquí en adelante resaltaremos con cursivas las partes más importantes de los artículos que se citen.

a) Los derechos colectivos de los pueblos indígenas

El primer párrafo del artículo 171 establece “el reconocimiento, respeto y protección de los derechos de los pueblos indígenas, en el marco de la ley”. Tal previsión revestía singular importancia, pues era la única en todo el cuerpo constitucional que reconocía a los pueblos indígenas, como grupo.

b) Territorio y Recursos Naturales

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas del artículo 171 señalaba uno de los temas de mayor sensibilidad para los pueblos indígenas: la protección de sus derechos a contar con un territorio donde desarrollarse y a controlar los recursos naturales que en ellos se encuentran. El ordenamiento constitucional empleó la nomenclatura de *Tierras Comunitarias de Origen* para aludir a estos territorios indígenas que se encuentran sujetos a un régimen de propiedad especial. Sus lineamientos básicos se encuentran en el artículo 3 de la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria (Ley INRA), ley 1715 de 18 de octubre de 1996.

“Artículo 3.- (Garantías Constitucionales)

(...)III. Se garantizan los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y originarias sobre sus Tierras Comunitarias de Origen, tomando en cuenta sus implicaciones económicas, sociales y culturales, y el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 de la Constitución Política del Estado. La denominación de Tierras Comunitarias de Origen comprende el concepto de territorios indígenas, de conformidad con la definición establecida en la parte II del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado mediante Ley 1257 de 11 de junio de 1991. Los títulos de Tierras Comunitarias de Origen otorgan a favor de los pueblos y comunidades indígenas y originarias la propiedad colectiva sobre sus tierras, reconociéndoles el derecho a participar del uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables existentes en ellas (...).”

Conforme los parámetros establecidos por el Convenio 169 de la OIT, que a fecha de la reforma se encontraba ya en vigor en Bolivia, tanto la Constitución como la Ley INRA pusieron especial énfasis en el uso y aprovechamiento doméstico de los recursos naturales ubicados en esas zonas. Por otro lado, la particularidad del derecho de propiedad colectivo indígena impone cierto tipo de obligaciones y restricciones a quienes pretendan explotar económicamente sus recursos. Esta condición ha sido prevista en leyes que regulan actividades económicas relacionadas con los recursos naturales. Es el caso del párrafo II del artículo 30, y II y III del artículo 32, ambos de la Ley Forestal de 12 de julio de 1996, el Código de Minería, Ley N° 1777 de 17 de marzo de 1996, en el artículo 15, o la de Hidrocarburos, Ley 3058 de 17 de mayo de

2005, que desarrolla de manera completa la materia, dedicando un título, el séptimo, a los derechos de los pueblos campesinos, indígenas y originarios, estableciendo una novedad de importancia, la consulta previa y obligatoria.

c) Derecho a la identidad cultural

En orden a la conservación de la cualidad *indígena* se garantizó el goce de los derechos de los pueblos indígenas referidos a la protección y promoción de su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. El desarrollo legal de este derecho incluía, entre otros, el reconocimiento oficial de las lenguas indígenas – establecido mediante Decreto Supremo N° 25894 de 11 de septiembre de 2000– y la institución de la educación intercultural en la enseñanza pública, introducida en Bolivia por la Ley de Reforma Educativa, Ley 1565 de 7 de julio de 1994.

d) La personalidad jurídica

El reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas se encuentra relacionado con una cuestión central de la cuestión cultural: ¿Quiénes son los pueblos indígenas tributarios de estos derechos? El Art. 171, establecía en el segundo párrafo que el Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas, campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos, sin fijar una definición sobre el particular.²⁰

Antes de continuar conviene apuntar que en la legislación boliviana existen algunas normas jurídicas que se refieren a comunidades campesinas o indígenas de manera confusa y en algunos casos contradictoria. Ello tiene su origen en el proceso de *sindicalización* de comunidades indígenas que se produjo en las áreas rurales como resultado de la revolución de 1952 propiciada por el Movimiento Nacionalista Revolucionario.

Conforme la fuerte tradición boliviana de asociacionismo, se reconoce además la personalidad jurídica de asociaciones y sindicatos campesinos. No obstante estar todos estos tipos de colectivos recogidos en la misma previsión, no deben confundirse los alcances de sus potestades legales, pues únicamente a los pueblos indígenas se les reconocía la titularidad de los derechos consagrados en el artículo 171.

²⁰ El Decreto Supremo N° 23858, de 9 de septiembre de 1994, siguiendo los criterios del Convenio 169 de la OIT, definía Pueblo Indígena como: “la colectividad humana que desciende de poblaciones asentadas con anterioridad a la conquista o colonización, y que se encuentran dentro de las actuales fronteras del Estado; poseen historia, organización, idioma o dialecto y otras características culturales, con la cual se identifican sus miembros reconociéndose como pertenecientes a la misma unidad socio-cultural; mantienen un vínculo territorial en función de la administración de su hábitat y de sus instituciones sociales, económicas, políticas y culturales.

e) La administración y jurisdicción indígenas

El párrafo tercero del artículo 171 reconocía en favor de las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas las facultades de “ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias” siempre que no fuesen contrarias a la Constitución y las leyes. Hasta antes de la reforma estas atribuciones, la administrativa y la jurisdiccional, eran de exclusivo ejercicio por parte del aparato estatal. Esto formalmente, porque en muchos enclaves indígenas la justicia se aplica comunitariamente desde siempre debido a la escasa penetración del Estado.

Estas facultades de índole administrativa se fueron deslindando a través de distintas leyes. Es el caso de la Ley de Participación Popular, Ley No. 1551 de 20 de abril de 1994 (promulgada antes de la reforma constitucional) que establece en el Art. 3 como unidad básica de representación territorial a las Organizaciones Territoriales de Base (OTBs), que pueden constituirse a partir de pueblos indígenas. Por otra parte, esta misma norma introduce el concepto de “unidad socio-cultural” y crea la posibilidad de que unidades étnicas socio-territoriales, particularmente pueblos indígenas, puedan constituir dentro de las jurisdicciones municipales en que se encuentren, distritos municipales, dependientes de su respectivo gobierno municipal.²¹

Por otra parte el artículo 171 III reconoce a favor de las autoridades nativas la potestad de aplicación del Derecho indígena propio. El reconocimiento de esta *jurisdicción indígena* implica, desde la perspectiva de las formulaciones del Derecho estatal, cuatro facultades: a) la transferencia de una potestad legislativa limitada hacia las autoridades nativas (el reconocimiento del Derecho Indígena supone tácitamente la aceptación de que la comunidad tiene la capacidad de ir modificando con el tiempo sus preceptos jurídicos) b) la transferencia de un poder jurisdiccional limitado hacia las autoridades nativas (tienen la competencia de conocer y resolver asuntos con efectos jurídicos reconocidos por el ordenamiento, en ciertas materias y con restricciones) c) la posibilidad de resolver los conflictos suscitados dentro de la comunidad conforme a las propias normas de conducta o normas jurídicas que rigen la vida comunitaria (en la solución de estos conflictos se aplica la “norma material” o aspecto sustantivo del Derecho indígena) d) el empleo de los procedimientos propios comunitarios en todo el “*iter* procesal”, empezando por los medios empleados para fijar los hechos, pasando por los criterios para establecer las responsabilidades, terminando en la ejecución de las sanciones correspondientes (los asuntos se resuelven conforme a las “normas adjetivas” establecidas por el Derecho indígena).

²¹ Para una exposición detallada de los alcances de esta técnica de descentralización administrativa ver René Orellana, “Municipalización de pueblos indígenas en Bolivia: impactos y perspectivas” en Willem Assies, Gemma Van der Haar, y Andre Hoekemma (editores), *El reto de la diversidad*, Zamora, el Colegio de Michoacán, 1999.

La jurisdicción indígena tenía un valor subsidiario pues el artículo señalaba que su ejercicio se reconocía a título de “solución alternativa de conflictos”. La Constitución dejaba así abierta la posibilidad de la intervención de las autoridades judiciales estatales si se consideraba que la circunstancia lo ameritaba. Esta interrelación de ambas jurisdicciones se ha ido acotando gradualmente mediante normas posteriores, tal el caso del precepto establecido en el Código de Procedimiento Penal, Ley No. 1970 de 25 de marzo de 1999 en su artículo 28.

En cuanto a la discusión de si los usos y costumbres constituyen Derecho en toda regla, el Código de Procedimiento Penal cuida ya de hablar de un *Derecho Consuetudinario Indígena* en oposición a la terminología de *usos y costumbres* empleada en la Constitución. La postura oficial del Estado ha pasado de considerar que las normas que regulan la vida de los pueblos indígenas no son de naturaleza verdaderamente jurídica, a sugerir la idea de la existencia de auténticos sistemas jurídicos.

Por mandato constitucional las normas y procedimientos de la Jurisdicción indígena no debían ser contrarios a las leyes y a las disposiciones constitucionales. La ley debía regular los términos de relación entre el sistema jurídico estatal y el indígena, ley que nunca fue aprobada.

f) Participación política

La reforma constitucional de 2004 introdujo tres preceptos que se añadieron a los artículos 1 y 171. Se trataba de normas referidas a la participación política de los pueblos indígenas.

“Art. 222.-

La representación popular se ejerce a través de los partidos políticos, agrupaciones ciudadanas y pueblos indígenas, con arreglo a la presente constitución y las leyes”

“Art. 223.-

I. Los partidos políticos, las agrupaciones ciudadanas y los pueblos indígenas que concurren a la formación de la voluntad popular son personas jurídicas de Derecho Público (...)”

“Art. 224.-

Los partidos políticos, las agrupaciones ciudadanas y/o pueblos indígenas, podrán postular directamente candidatos a Presidente, Vicepresidente, Senadores y

Diputados, Constituyentes, Concejales, Alcaldes Municipales, en igualdad de condiciones ante la Ley, cumpliendo los requisitos establecidos por ella.”

En virtud de estas normas los pueblos indígenas fueron facultados a participar directamente en las elecciones para la conformación de gobiernos locales, nacionales o para elegir constituyentes. En los hechos ha ocurrido así, como quedó de manifiesto en la composición del Parlamento boliviano surgido de las elecciones nacionales del año 2005 y en la propia Asamblea Constituyente que aprobó la Constitución Política actualmente vigente.

Decíamos al inicio de este capítulo que la introducción de las normas constitucionales del reconocimiento de la diferencia cultural indígena y del principio del pluralismo cultural supuso un hito constitucional de gran importancia para los pueblos indígenas. Estas reformas fueron propiciadas en buena parte por la acción y presión política de organizaciones indígenas, apoyadas por distintos agentes internos y externos. En razón de las dinámicas de negociación política y del escaso peso relativo que tenían las organizaciones indígenas en la escena política boliviana, los términos en que se adoptaron, aun a pesar de ser de importancia para los pueblos indígenas, no colmaron plenamente sus expectativas.

Los términos de reconocimiento de la diferencia cultural fueron, aunque sorprendentes e importantes por inéditos, relativamente conservadores, cuando menos desde la perspectiva de las demandas indígenas. La cuestión cultural fue incluida como una variable más del sistema constitucional, no como una cuestión central. Esto ha cambiado en la actual Constitución donde la variable cultural ha pasado de ser una variable a convertirse en uno de los ejes centrales de todo el diseño constitucional.

IV. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE 2009 Y EL ESTADO PLURINACIONAL

Hasta ahora hemos señalado de manera general los contenidos del discurso ideológico indígena y hemos explicado someramente de qué manera se introdujo el multiculturalismo en la Constitución boliviana el año 1994. A continuación repasaremos algunos de los contenidos de la Constitución vigente tomando como clave de análisis el discurso de la diferencia cultural indígena. Explicaremos de qué manera ha determinado este pensamiento el actual marco constitucional de la República de Bolivia, repercusión expresada en el concepto del *Estado Plurinacional* y en el *principio constitucional de la plurinacionalidad*.

La Constitución de 2009, al igual que su predecesora, trata la cuestión de la diferencia cultural indígena, aunque, a diferencia del texto constitucional anterior, donde el tema constituía únicamente una variable, la convierte en uno de los ejes centrales del diseño constitucional. Las reivindicaciones políticas indígenas, marginales en el contexto político de las reformas de los años 1994 y en menor medida en 2004, ganaron peso con el correr de los años. El MAS, partido en el que participan organizaciones indígenas, tuvo el rol protagonista en la Asamblea Constituyente. Finalmente, en razón de los acontecimientos que signaron la aprobación del texto,²² quienes sostenían el discurso indigenista trasladaron en gran medida su visión a los contenidos de la Constitución.

Los términos en que se ha desarrollado la cuestión de la diferencia indígena en la Constitución constituyen un rasgo *principal y distintivo* de la misma. *Principal* porque la idea del Estado Plurinacional Comunitario se proyecta a lo largo de todo el texto, constituyendo el principio de la plurinacionalidad un eje transversal del conjunto de la normativa constitucional, sin el cual no puede entenderse la regulación de conjunto. *Distintivo* porque no existen antecedentes de una regulación de esta naturaleza en la historia constitucional boliviana. Sí los hay en torno a la cuestión indígena, pero no en los términos planteados y con las consecuencias que entraña el Estado Plurinacional de la CPEv.

Prueba de esta relevancia es el número de disposiciones que tratan la cuestión de la diferencia indígena. Más de un quinto de los 411 artículos que componen la Constitución, incluido el Preámbulo, trata algún aspecto relacionado con la interculturalidad, la diferencia cultural indígena o la participación de los pueblos indígenas en la vida social y estatal. El término “indígena” se emplea 130 veces y se recurre en 58 ocasiones a la categoría de “naciones y pueblos indígenas originarios campesinos”.

De esta suerte, muchos de los contenidos del discurso de la diferencia cultural indígena a los que hacíamos referencia en el capítulo segundo como, por ejemplo, el concepto de la libre determinación de los pueblos, la crítica al Estado monocultural o la reivindicación del Pluralismo jurídico han ganado carta de ciudadanía prácticamente de manera literal en la Constitución vigente. Se han convertido en elementos sin los cuales no es posible comprender los alcances de la actual Constitución.

El cambio cualitativo del tratamiento de la materia indígena en la Constitución vigente es evidente. En la Constitución anterior la diferencia cultural indígena se

²² La aprobación del texto en grande por una Asamblea Constituyente compuesta básicamente por constituyentes del MAS, reunidos en el recinto militar de la Glorieta de Sucre en medio de una revuelta popular en Sucre que se oponía al proyecto de Constitución. La aprobación en detalle en Oruro nuevamente básicamente por constituyentes oficialistas, cerco indígena mediante. Y finalmente la convocatoria al referendo constitucional por un Congreso que se atribuyó a sí mismo potestades constituyentes, en contra de los preceptos constitucionales, modificando el texto aprobado por la Asamblea Constituyente. Alguien lo denominó socarronamente como “Congreso Constituyente”.

trataba a partir del principio del pluralismo cultural. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se realizaba, principalmente, a partir del derecho de los individuos indígenas a desarrollarse en su propio entorno identitario para gozar plenamente de sus derechos ciudadanos. En este sentido el colectivo indígena adquiriría valor por constituir el seno en el que los sujetos indígenas se desarrollan, y en esta medida merecía la protección estatal, pero siempre en el marco de Estado nacional de mayoría mestiza. En ningún caso se reconocía a los pueblos indígenas el derecho a disputarle a ese Estado los términos de la gestión de la vida social en sus territorios.

En cambio en la CPEv no va más este principio de pluralismo cultural; ahora se hace referencia al derecho colectivo y político de los pueblos indígenas a vivir en plano de igualdad con otras comunidades como expresión de una decisión de libre determinación. Lo que existe es un derecho a la libre determinación indígena del que son tributarias las naciones indígenas. En consecuencia el Estado respeta ese derecho colectivo de expresión de una particularidad política garantizando la conservación de estas naciones que dan vida al Estado. Por ello se habla de un *principio constitucional de plurinacionalidad*: para ser más exactos, de un principio de plurinacionalidad indígena.

Este principio de la plurinacionalidad indígena que se expresa en el concepto del *Estado Plurinacional Comunitario*, es uno de los ejes más importantes, quizá el principal, del diseño de la Constitución de 2009, perfila las principales áreas de regulación en toda la Constitución: modelo de Estado, derechos fundamentales, sistema de gobierno, organización del poder público y organización territorial del poder. En todos estos segmentos de la Constitución la referencia al discurso de la diferencia cultural indígena es indispensable para comprender los alcances del texto. Veámoslo parte por parte.

4.1. El Preámbulo

Los preámbulos o introducciones normativas no constituyen un elemento propiamente vinculante y obligatorio en términos jurídicos. Sin embargo, tampoco se debe subestimar su importancia, ya que suelen dejar sentado cuál ha sido “el espíritu” que ha imbuido al legislador para la aprobación de dicha norma; cuáles han sido las razones y las necesidades sociales que han inducido la regulación en la materia. Dicho propósito adquiere aun mayor relevancia en el caso de las normas constitucionales que de suyo suelen ser bastante generales y abiertas y por tanto susceptibles de amplia interpretación. Así, el Preámbulo constitucional nos señala cuáles son los presupuestos ideológicos de los que se ha partido para la redacción de la Constitución, y que en determinado momento pueden servir como elemento que refuerce o debilite la interpretación de las normas constitucionales en uno u otro sentido.

En este entendido en el Preámbulo de la CPEv se entrevén varios elementos del discurso de la diferencia cultural que más adelante toman carta de ciudadanía en el articulado constitucional. Por ejemplo el reconocimiento de la pluralidad cultural:

“comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres humanos y culturas”.

También se refiere al discurso de la colonialidad:

“conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde el funesto tiempo de la colonia”.

○ las referencias al “estado republicano monocultural” que opera sobre el colonialismo:

“Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal”.

La necesidad de constituir una sociedad basada en un Estado adecuado para acoger la convivencia, en términos de igualdad, de distintas naciones indígenas, a las que se les reconoce su particularidad política y por tanto su derecho a la libre determinación, también tiene su lugar en el Preámbulo:

“Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia (...) comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos”.

De esta manera el lector del texto constitucional queda informado de cuáles son las directrices que inspiran los contenidos que encontrará en la Constitución.

4.2. Modelo de estado

Según el artículo primero de la CPEv el Estado boliviano se constituye como “Plurinacional Comunitario”, es decir como un tipo de organización política que tiene por finalidad gestionar la convivencia de diversas naciones indígenas, cada una con sus peculiaridades culturales, jurídicas, políticas y lingüísticas, en términos de igualdad.

“Art. I. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho *Plurinacional Comunitario*, libre, independiente (...) Bolivia se funda en la pluralidad y el

pluralismo político, económico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.”

Desde luego, el Estado Plurinacional Comunitario no tendría razón de ser si no se aceptase previamente que los pueblos indígenas tienen una verdadera particularidad política amparada en un desarrollo histórico propio. Ello los hace acreedores del derecho a la libre determinación y, por tanto, a ser considerados como unidades políticas autónomas, es decir, en términos de la nomenclatura constitucional, como “naciones y pueblos indígenas originario campesinos” (NPIOC). Siguiendo este orden de razonamiento del silogismo del derecho a la libre determinación del discurso de la diferencia cultural indígena, la CPEv deja sentada esta premisa en el artículo segundo

“Art.2.- Dada la *existencia precolonial* de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se *garantiza su libre determinación* en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.”

El reconocimiento de las NPIOC está fundado en su preexistencia a la colonia y su dominio ancestral sobre sus territorios. En consecuencia, las comunidades indígenas a las que hacía referencia la Constitución anterior pasan a convertirse en naciones o pueblos, según el significado atribuido a esta categoría por el Derecho internacional, por lo que constitucionalmente se garantiza su libre determinación y su derecho a la autonomía, al autogobierno y a su propio territorio, aunque modulado este derecho a la libre determinación por la soberanía del Estado boliviano, es decir “en el marco de la unidad del Estado” y “conforme a esta Constitución y la ley”. De esta manera queda cerrada la fórmula del Estado Plurinacional Comunitario como un tipo de organización política que tiene su razón de ser en la gestión la convivencia de naciones indígenas y de la protección y garantía de su derecho a la libre determinación, lo cual debe darse, según el art. 1, “dentro un proceso integrador del país”.

Esta entidad distintiva de las NPIOC se confirma nuevamente en el artículo 3, que establece una alambicada y *sui generis* clasificación del pueblo boliviano cuyo criterio de separación no es claro, pero que señala a las NPIOC como unidades que deben ser tomadas en cuenta por separado. Recordemos que el término “nación” en este artículo fue incluido con posterioridad a las negociaciones del “Congreso Constituyente”. Y a pesar de que se utiliza en reiteradas ocasiones, especialmente como adjetivo para referir a instituciones del Estado, el espíritu más fiel a la teoría que

sostiene al Estado Plurinacional, tal como se plantea en el discurso de la diferencia cultural indígena, corresponde a la anterior redacción.²³ El artículo actual dice así:

“Artículo 3.-

La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, *las naciones y pueblos indígena originario campesinos*, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.”

El sentido de la afirmación de la preexistencia cronológica de las NPIOC a la entidad del Estado boliviano, consiste en dejar claramente sentado que el pacto social y político que recoge la Constitución no parte ya del presupuesto del pacto social entre individuos iguales, sino más bien de un pacto entre pueblos o naciones que consienten la conformación del ente estatal, cuando menos en teoría. En esta dimensión adquiere plena comprensión la idea del Estado “Plurinacional” como organización que tiene por una de las razones centrales de su constitución la protección de las entidades nacionales indígenas. El objeto principal del nuevo pacto inter-nacional no es ya únicamente la protección de las personas humanas sino de los colectivos nacionales. Esto es precisamente lo que se estipula en los siguientes artículos:

“Art 9.-

Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley:

I. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, *para consolidar las identidades plurinacionales (...)*”

“Art. 98.-

I. La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y convivencia armónica y equilibrada entre los pueblos y naciones (...)

III. *Será responsabilidad fundamental del Estado preservar, desarrollar, proteger y difundir las culturas existentes en el país.*”

Lo mismo queda expresado en la organización territorial del país según el art. 270.-

²³ “Art. 3.- El pueblo boliviano está conformado por la totalidad de las bolivianas y bolivianos pertenecientes a las áreas urbanas de diferentes clases sociales, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y a las comunidades interculturales y afrobolivianas.”

“Art. 270.-

Los principios que rigen la organización territorial y las entidades descentralizadas y autónomas son: la unidad, voluntariedad (...) y la *preexistencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos*, de acuerdo a la Constitución.”

Para el caso de las NPIOC que se encuentran en peligro de extinción, de aislamiento voluntario y no contactados la regulación es más radical. Según el artículo 31, párrafo segundo, “gozan del derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan”.

Ahora bien, queda claro que las NPIOC tienen un rol central en la fórmula del Estado Social de Derecho Plurinacional Comunitario y que reciben un tratamiento diferenciado a lo largo de todo el texto constitucional, pero ¿cómo identificamos las NPIOC? ¿Cómo establecer la pertenencia de los individuos a los grupos étnico-culturales considerados como naciones? El artículo 30, que trata sobre los derechos colectivos indígenas -que veremos más adelante- establece, a tales efectos, una definición normativa del sujeto indígena colectivo, tributario de los derechos diferenciados.

“Art. 30.-

Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial (...).”

Por otro lado, según el Art. 32, se establece una excepción al criterio del artículo 30 en lo referido a la existencia anterior a la invasión colonial para el caso del pueblo afroboliviano, que también se hace acreedor de derechos diferenciados y de la protección de su particularidad cultural.

“Art. 32.-

El pueblo afroboliviano goza, en todo lo que corresponda, de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales reconocidos en la Constitución para las naciones y pueblos indígena originario campesinos.”

De esta manera la Constitución engloba en la fórmula NPIOC no solamente a aquellos pueblos originarios que viven en sus territorios, sino que también hace tributarios de los derechos diferenciados a otros grupos de auto-identificación indígena, pero que no se encuentran necesariamente en enclaves territoriales ancestrales. Si interpretamos el artículo 5 que refiere a los idiomas de las naciones y

pueblos indígenas originarios, con el resto del articulado, las naciones indígenas serían 36. Sin embargo la regulación de la Constitución en lo referido a la plurinacionalidad alcanza en el mismo grado que a los indígenas que viven en enclaves ancestrales, a las comunidades campesinas de colonos indígenas que se han desplazado a otras regiones, posibilitando que ambos grupos constituyan autonomías indígenas, expresión en la organización territorial del Estado del derecho a la autodeterminación reconocido constitucionalmente a estos pueblos.

“Art. 291.-

I. Son autonomías indígena originario campesinas los territorios indígena originario campesinos, y los municipios y regiones que adoptan tal cualidad (...)”

Sin duda, la fórmula “nación y pueblo indígena originario campesino”, y la regulación algo confusa y oscura de artículos referidos sobre todo a la constitución de entidades territoriales indígenas, no ayuda a determinar claramente la cuestión central de qué grupos son tributarios de los derechos diferenciados y en qué términos. Se trata de un tema complejo, que tiene que ver con el establecimiento de los criterios de delimitación de la entidad indígena, y en consecuencia de la aplicación del estatuto indígena. Es además delicado, porque podría desvirtuar en parte el discurso de la diferencia cultural indígena, al asignar la ciudadanía diferenciada en razón de pertenencia a grupos nacionales indígenas, a una multitud de otros grupos, que difícilmente podrían ser considerados conceptualmente como naciones con derecho a la libre determinación, como es el caso de las comunidades campesinas de colonos que han abandonado sus territorios ancestrales para trasladarse a regiones muy distantes y distintas de aquellas en las que nacieron.

Esta particularidad de la regulación de la fórmula NPIOC nos lleva a afirmar que la constitución de NPIOC, con todo lo que ello supone, es decir la atribución de derechos diferenciados, tiene un componente de carácter básicamente étnico-cultural. Los derechos siguen en este caso a las personas a donde quiera que se trasladen con su grupo.

El reconocimiento de la cualidad “nacional” de los pueblos indígenas pasa, en gran medida, por una interpretación de la historia de la República de Bolivia, en la que el colonialismo constituye un fenómeno histórico que se ha extendido hasta el presente. La dominación colonial externa e interna, es decir el colonialismo español y el colonialismo interno del criollo o mestizo, convalida la afirmación de la existencia de pueblos indígenas como naciones. Sin colonialidad no es posible hablar de un Estado monocultural ni propugnar el rechazo a las repúblicas fundadas como resultado de la emancipación colonial.

Esta referencia a la colonialidad está presente en el discurso de la diferencia cultural indígena y se ha trasladado a la CPEv. Ya en el Preámbulo, como vimos anteriormente, se anuncia que uno de los fines de la Constitución es terminar con el estado colonial y republicano. Esta afirmación de principio se extiende a lo largo del texto constitucional como, por ejemplo, en el art. 77 donde se señala que la educación pública es descolonizadora, lo que fuera que se entiende por ello.

En consonancia con el discurso de la diferencia cultural indígena y la crítica al estado monocultural, la mácula que se le atribuye al Estado colonial ha alcanzado también a la forma de estado republicana. De hecho, el sustantivo “República” había sido suprimido por completo del texto constitucional, hasta antes de la reforma por el “Congreso Constituyente”, donde se introdujo nuevamente el término, aunque de manera inconsistente. Una prueba de ello, entre muchas, es la contradicción existente entre la declaración del Preámbulo que proclama que se ha dejado atrás el estado republicano, y el artículo 11, donde se habla de la forma de gobierno de la “República de Bolivia”. En todo caso, la discusión de si se usa o no el término “República”, resulta una cuestión apenas trascendente, ya que los dispositivos constitucionales republicanos de organización y legitimación del Poder evidentemente están presentes a lo largo de toda la Constitución.

4.3. Derechos fundamentales

En el título II, titulado *Derechos fundamentales y garantías*, de la Parte Primera de la Constitución se recoge un extenso catálogo de derechos fundamentales, entre los que se encuentran los derechos diferenciados de los pueblos indígenas.

Ya el artículo 21 señala que los bolivianos tienen el derecho a la auto-identificación cultural, inexistente en la anterior Constitución. Este derecho tiene una expresión tangible dentro del procedimiento de constitución de las autonomías indígenas originaria campesinas, que como dijimos son los territorios bajo autogobierno indígena, pues su conformación se hace depender de la voluntad de la población, lo que en última instancia no es sino una autoidentificación cultural que posibilita la atribución de derechos sobre la base étnico-cultural.

“Art. 290.

I. La conformación de la autonomía indígena originario campesina se basa en los territorios ancestrales, actualmente habitados por esos pueblos y naciones, y en *la voluntad de su población*, expresada en consulta, de acuerdo a la Constitución y la ley”.

En lo referido a lo colectivo la Constitución reserva un capítulo dentro de los derechos fundamentales, el cuarto, para el tratamiento de los derechos diferenciados

de las NPIOC. En comparación con la Constitución anterior que introdujo por vez primera el reconocimiento de derechos colectivos en el ámbito constitucional en el Art.171 III -de manera inorgánica, pues el catálogo de derechos fundamentales se encontraba en el artículo séptimo- el catálogo de los derechos de los pueblos indígenas de la actual es mucho más extenso, pues recoge los derechos derivados del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

El párrafo segundo del Art.30 recoge 18 derechos de los pueblos indígenas que se ejercen “en el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con la Constitución”, que como dijimos constituyen cláusulas limitativas del derecho a la libre determinación. Entre ellos destacamos aquellos referidos directamente al discurso de la diferencia cultural indígena: 1) el derecho a existir libremente, 2) el derecho a su identidad cultural, 3) el derecho a *la libre determinación y a la territorialidad*, 4) a una educación intracultural, 14) al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión, 17) a la gestión territorial indígena autónoma y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio, 18) a su participación en los órganos e instituciones del Estado.

Se confirma nuevamente que la Constitución consagra la existencia de derechos diferenciados y de estatutos jurídicos diferentes para los bolivianos, en función de cuál sea su origen étnico-cultural y de si pertenecen o no a las NPIOC.

4.4. Sistema de gobierno

Siguiendo la tradición constitucional boliviana y los patrones generales del sistema republicano de gobierno en Estados constitucionales, la Constitución establece un sistema de gobierno democrático, aunque con importantes matices que tienen su origen en la constitución del Estado Plurinacional y la aplicación de lo que hemos denominado como *principio constitucional de la plurinacionalidad*. La expresión del Estado Plurinacional en el ámbito del sistema de gobierno es lo que la Constitución denomina como *Democracia Comunitaria*, concepto que abarca las prácticas políticas de los pueblos indígenas, en los términos que pasamos a detallar a continuación.

Pocos hoy en día cuestionan que todo sistema que se precie de democrático debe cumplir al menos con ciertos contenidos mínimos de aceptación común: la igualdad de derechos para ser elegido para cargos públicos y poder elegirlos, la existencia del sufragio universal, directo y secreto y la separación, al menos funcional, de los roles de quienes ejercen el poder y quienes administran los procesos electorales. Estos contenidos mínimos del ejercicio democrático del poder han sido consagrados por los distintos países a lo largo y ancho del mundo en sus respectivas Constituciones, lo mismo que Bolivia en su CPE.

La particularidad del sistema democrático que origina el Estado Plurinacional Comunitario, y que tiene origen en el discurso de la diferencia cultural indígena, es que reconoce como legales las distintas modalidades de ejercicio del poder de los pueblos indígenas, independientemente de cuáles sean sus caracteres. El derecho a la libre determinación legítima, y legaliza, las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas incluidas las políticas, por ser propias. Al ser obligación del Estado la preservación de las entidades nacionales indígenas con sus particularidades no se halló mejor fórmula que trasladar este relativismo cultural a la Constitución atribuyendo a las prácticas políticas indígenas la cualidad de democráticas por definición constitucional. Independientemente de si reúnen o no, -inclusive si contrarían- los atributos mínimos democráticos, las prácticas comunitarias indígenas son definidas como democráticas *per se*. En esto consiste el concepto de *Democracia comunitaria*, reconocida en la CPEv como una de las tres formas de ejercicio democrático.

“Artículo 11.-

La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática, participativa, representativa y *comunitaria* (...)

II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por ley (...)

3. *Comunitaria, por medio de la elección, designación y nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros.*”

En cuanto al funcionamiento de las *organizaciones de los pueblos indígenas*, el Art. 210, en su párrafo primero dispone que éstas, lo mismo que los partidos políticos y las agrupaciones ciudadanas, deberán operar democráticamente. Sin embargo, según el segundo párrafo del mismo artículo las primeras están sustraídas al control y fiscalización del Órgano Electoral Plurinacional, órgano de control democrático, que debe velar por la igual participación de hombres y mujeres. El párrafo tercero deja sentado que los NPIOC pueden elegir a sus candidatos mediante sus normas de democracia comunitaria. La democracia comunitaria vale, además, según mandato del Art. 211, para la elección de representantes políticos en toda instancia. En estos casos, según el párrafo segundo de este artículo, la supervisión del Órgano Electoral se limita a asegurar que la elección de candidatos y representantes se ajuste a las propias normas de los NPIOC. El ejercicio de la *Democracia comunitaria* se emplea prácticamente en todos los niveles de representación política que establece la Constitución (arts. 209, 210, 211, 278, 284 y 290).

4.5. Estructura y organización de los poderes públicos

Al igual que la plurinacionalidad se manifiesta en los mecanismos de elección de autoridades públicas, también incide en la manera en que se estructuran los poderes públicos del Estado. Cuatro son los órganos del poder público que reconoce la CPEv: ejecutivo, legislativo, judicial y electoral. En lo que refiere al Órgano ejecutivo no existen mayores cambios respecto de lo que es establecía en la anterior Constitución. En los otros tres órganos de poder el principio de plurinacionalidad se manifiesta claramente.

En el Órgano Legislativo, conformado por la Asamblea Legislativa Plurinacional, por ejemplo, el atributo plurinacional de la Asamblea viene dado por la representación en la Cámara de Diputados de asambleístas de las NPIOC en circunscripciones especiales indígenas originario campesinas, que serán determinadas por el órgano electoral, según el 146 III.

En el Órgano Judicial y en el Tribunal Constitucional, regulados en el título III de la parte segunda, se manifiesta con especial fuerza el principio de la plurinacionalidad, tanto en la elección de las autoridades de instituciones públicas, como, y en especial, en la configuración de una jurisdicción indígena originaria campesina que, en términos generales, se constituye en el espacio jurídico de las NPIOC en paralelo con la justicia ordinaria que rige para los bolivianos no indígenas.

Cuando exponíamos la crítica al Monismo jurídico como uno de los elementos centrales de sostén de reivindicación del discurso de la diferencia cultural indígena, decíamos que el propio discurso propone como alternativa un Pluralismo jurídico que rompa con las dinámicas de subordinación del Derecho indígena al Derecho estatal. Afirmábamos además que en última instancia la demanda del Pluralismo Jurídico no es sino la reivindicación del estado pluricultural ante el Estado monocultural, en su dimensión jurídica. La CPEv recoge este planteamiento y lo expresa en el artículo 178, en el que deja claramente sentado que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano sobre la base de algunos principios entre los que se encuentra el *pluralismo jurídico*, ratificando el artículo primero, que lo señala como uno de los principios de la organización del Estado.

La expresión técnica del reconocimiento del Pluralismo jurídico es la creación de una *jurisdicción originaria campesina*, regulada en el capítulo cuarto, título tercero, parte segunda de la CPEv. Esta jurisdicción consiste en un ámbito diferenciado de administración de justicia que, en líneas generales, queda sustraída a la aplicación de las normas jurídicas elaboradas en el seno del Órgano legislativo, pues las controversias jurídicas que puedan suscitarse al interior de las NPIOC se resuelven conforme a las normas y procedimientos de los pueblos indígenas, cualquiera sea su naturaleza consuetudinaria o escrita, como indica el art. 190.

“Art. 190.-

I. Las naciones y pueblos indígenas originario campesinos ejercerán sus *funciones jurisdiccionales y de competencia* a través de sus autoridades y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios (...).

II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la Constitución.”

Con la CPEv se ha creado una jurisdicción indígena que rige para los pueblos indígenas, diferenciada de la ordinaria que rige para los no indígenas. Ambas, según el Art. 179, tienen la misma jerarquía y son partes de una única función judicial del Estado. Ello quiere decir, retomando los términos del discurso de la diferencia cultural, que no existe una relación de subordinación jerárquica de una sobre la otra. Para no romper el principio de unidad jurisdiccional, cuando menos en términos formales, se establece que ambas son expresión de la función judicial del poder público del Estado.

La jurisdicción indígena se ejerce en la medida en que se reconoce la libre determinación de los pueblos indígenas, es decir en la medida en que los individuos tienen un vínculo con una de las NPIOC. Pero también se estipula un segundo criterio de vigencia de la jurisdicción indígena: si los hechos juzgados han tenido lugar en los territorios indígenas. También se deja abierta una ventana para la creación de una Ley de Deslinde Jurisdiccional.

“Art. 191.-

I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un *vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino*.

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblos indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandados, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.

2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.

3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.”

La condición más importante que debe cumplir la jurisdicción indígena es encuadrarse en los marcos de los valores constitucionales y de los derechos (Art. 178). Esta condición del ejercicio de la jurisdicción indígena es ratificada en el Art. 190 II, que establece, mediante una redacción confusa con el verbo en tiempo presente, que la jurisdicción indígena “respeto el derecho a la vida, el derecho a la defensa, y demás derechos y garantías reconocidos en esta Constitución”. En este punto se aplica nuevamente la “definición constitucional” a la que referíamos al comentar la *democracia comunitaria* del artículo 11.

De igual manera que el Órgano Electoral carece de potestad para observar los procedimientos políticos indígenas más allá de si se cumplen o no, en el caso de la jurisdicción indígena, el Estado no puede observar los procedimientos indígenas de administración de justicia para garantizar que las autoridades nativas respeten los derechos fundamentales en el ejercicio de su jurisdicción. Sólo así se entiende que el Tribunal Constitucional, principal órgano tutelar de derechos fundamentales y custodio constitucional, carezca de competencia para conocer cuestiones referidas a la jurisdicción indígena, salvo por vía de consulta voluntaria de las autoridades indígenas.

Una segunda modificación importante que tiene su origen en el principio plurinacional y el reconocimiento del Pluralismo Jurídico está referida a la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP). Según la CPEv el TCP estará integrado por magistrados elegidos mediante sufragio universal por criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino (Art. 197). Esta división solamente podría justificarse desde la distinción tajante entre el sistema de justicia ordinario y el sistema de justicia indígena, de cuya igualdad se deduciría que ambos sistemas deben estar representados en igual proporción en el Tribunal Constitucional, según la fórmula establecida en el Art. 200. Otra hipótesis de este diseño es que el TCP se convierte en un órgano político por el hecho de ser elegidos los magistrados por votación popular donde se parcela la representación por criterios de nacionalidad.

Por otra parte, en el Órgano Electoral también está presente el principio de plurinacionalidad. El Tribunal Supremo Electoral, que es el máximo nivel del Órgano Electoral, con jurisdicción nacional (Art. 206), está compuesto por siete miembros, al menos dos de los cuales deben ser de origen indígena originario campesino (Art. 206 II). Lo mismo ocurre con los Tribunales Departamentales electorales donde al menos uno de sus miembros debe ser perteneciente a las NPIOC (Art. 206 V).

4.6. Organización territorial del Estado

Las reformas que introduce la CPEv en materia de organización territorial del Estado respecto de la anterior Constitución son muy amplias y únicamente pueden comprenderse desde la cuestión de la diferencia cultural indígena y las reivindicaciones indígenas de control sobre un territorio como consecuencia de su existencia como pueblos y su derecho a la libre determinación. El art. 270 lo pone de manifiesto:

“Art. 270.-

Los principios que rigen la organización territorial y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas son: la unidad, voluntariedad (...) y la *preexistencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos*, de acuerdo a la Constitución.”

Así “Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario y campesinos” (Art. 269 I). Correspondientemente se reconoce cuatro distintos tipos de entidades territoriales a las que se califica como *autonomías*: la departamental, la regional, la municipal y la indígena. Todas ellas son independientes unas de otra y poseen igual rango constitucional (Art. 277). Si bien no existe relación de subordinación entre ellas en realidad las autonomías indígenas poseen una cualidad política muy superior a las otras unidades de administración pues tienen derecho a “autogobierno”, con autonomía de decisión en los planos legislativo, judicial y ejecutivo, todo ello como consecuencia del principio de plurinacionalidad.

Las cuestiones referidas a la autonomía indígena originaria campesina están reguladas en el capítulo séptimo titulado precisamente Autonomía Indígena Originaria Campesina. El capítulo empieza en el artículo 289 que recoge la definición constitucional de la autonomía indígena:

“Art. 289.-

La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como *ejercicio de la libre determinación* de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias.”

Este artículo ratifica el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, atribuyendo a las NPIOC el autogobierno sobre sus territorios, no únicamente de manera restringida como ocurre con las Tierras Comunitarias de Origen actuales,

sino como auténticas unidades autónomas con amplias competencias dentro del esquema de organización territorial del poder (Art. 304).

Según lo comentado acerca de la definición normativa del Art.30 acerca de qué grupos constituyen NPIOC, decíamos que la fórmula es abierta. En este entendido el Art. 29 I establece que son autonomías indígenas los territorios indígena originario campesino y también los municipios y regiones que adopten esa cualidad. Es decir que tanto los indígenas que ocupan territorios ancestrales, como aquellos que se han desplazado a otros territorios pueden optar por constituir una autonomía indígena, con potestad de autogobierno.

Además del control sobre las autonomías indígenas originaria campesinas, los pueblos indígenas tienen garantizada una participación diferenciada en los otros niveles autonómicos. Pueden elegir a través de sus propios procedimientos a sus representantes en las asambleas departamentales de las autonomías departamentales y en los concejos de las autonomías municipales (Art. 285).

V. CONSIDERACIONES FINALES

Las Constituciones son documentos que recogen pactos en los que las partes ponen aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia, rescatándolos del ámbito pre-jurídico e insertándolos en el plano jurídico normativo. Ello ha ocurrido en el caso de la Constitución Política del Estado que se encuentra vigente en Bolivia desde el 7 de febrero de 2009. En ella se ha plasmado con carácter normativo el discurso ideológico de la diferencia indígena, como consecuencia de la hegemonía política que ejerció jurídica y fácticamente el Movimiento al Socialismo.

Esta signatura ideológica no se limita a artículos dispersos, por el contrario la cuestión indígena se ha convertido en uno de los ejes del diseño del conjunto del texto constitucional. Son numerosos los dispositivos constitucionales que se apoyan en los contenidos del discurso de la diferencia cultural indígena: la reivindicación indígena amparada en el derecho a la libre determinación, la denuncia de la colonialidad, la crítica al estado monocultural y al monismo jurídico con su consecuente reconocimiento del pluralismo jurídico. Ignorar los contenidos del discurso de los pueblos indígenas implica no comprender el objeto del conjunto de la regulación ni los reales alcances de la inclusión del eje cultural para el conjunto de la Constitución. En esta medida resulta fundamental revisar los contenidos de lo que hemos denominado como discurso de la diferencia cultural indígena.

El reconocimiento jurídico de la diversidad cultural en Bolivia desde una perspectiva multicultural se produce a partir de la reforma constitucional del año 1994. Esta

introdujo el principio del pluralismo cultural, destinado a regular la convivencia de distintas culturas indígenas en el seno de una sociedad mestiza mayoritaria. Pero la Constitución vigente, va mucho más allá del pluralismo cultural al convertir la cuestión indígena en eje del diseño de la Constitución vigente, en caracterizadora del tipo de organización política que se propone para el Estado boliviano. En este contexto es que debe interpretarse el concepto del *Estado Plurinacional Comunitario*, recogido en el primer artículo de la Constitución. Al reconocer la Constitución a los pueblos indígenas el carácter de verdaderas naciones y en consecuencia reconocerles el derecho a la libre determinación se añade un elemento adicional a la idea misma de Estado.

Ahora bien, hay que aclarar que las NPIOC gozan de un derecho a la libre determinación limitado dentro del marco constitucional de protección de la unidad del Estado. Las naciones y pueblos indígenas originario campesinos no pueden reclamar, por ejemplo, el derecho a la secesión del Estado boliviano, pero a cambio pueden exigir que el Estado respete sus particularidades como comunidades políticas casi autónomas. Nos encontramos ante un particular esquema de organización política que algunos teóricos han denominado como “federalismo multinacional”. Desde luego el término “federal” no se utiliza en la Constitución, pero si analizamos el conjunto de sus contenidos este concepto es de alguna manera ajustado a la realidad del *sui-generis* modelo boliviano.

El Estado Plurinacional se expresa a lo largo de toda la Constitución a través de la aplicación de lo que hemos denominado como *principio constitucional de plurinacionalidad*, que consiste en el mandato de conservación de las nacionalidades indígenas en todas sus expresiones. Como vimos a lo largo del capítulo cuarto, este principio permea todo el ordenamiento constitucional. Estado Plurinacional y principio de plurinacionalidad son dos categorías constitucionales que caracterizan a la CPEv, cuya existencia la diferencian sustancialmente de la anterior Constitución.

Una de las consecuencias más importantes de la existencia del Estado Plurinacional es que existen disposiciones constitucionales que rigen únicamente para los NPIOC y otras para los bolivianos no indígenas. Es decir que se consolida una ciudadanía diferenciada que da lugar a la creación de estatutos jurídicos en sede constitucional, funcionales al origen étnico-cultural de sus destinatarios. En consecuencia el principio de igualdad constitucional de los individuos queda relativizado para dar lugar al principio de igualdad de las naciones indígenas.

El estatuto constitucional aplicable a los ciudadanos no indígenas se extiende a todo el texto constitucional, con exclusión de las partes aplicables únicamente a los indígenas. A los ciudadanos indígenas, por otra parte, se les reconocen algunos tratamientos constitucionales diferenciados, que consisten, en algunos puntos, en sustraer a los pueblos indígenas de la vigencia de partes del articulado constitucional.

Esta estrategia de derivar la regulación de los límites del poder público y la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos indígenas a la competencia exclusiva de sus autoridades bajo sus propias normas, parte de la presunción de que la mejor manera de lograr la erradicación del colonialismo y la preservación de las nacionalidades indígenas es sustrayéndolas en la mayor medida posible a la aplicación de leyes que tendrían su origen en dinámicas culturales y valores ajenos a los de los pueblos indígenas.

Esta parece ser en principio una razón emancipadora, pero puede tomarse peligrosamente en un instrumento para el abuso del poder, pues las autoridades nativas se convierten en partes y jueces de sus propias conductas. Al legitimar la CPEv el aislamiento de los pueblos indígenas para permitirles decidir de manera autónoma y exclusiva sobre las formas de gestión de su vida comunitaria, se excluye la posibilidad de la fiscalización e intervención estatal para asegurar la vigencia efectiva de los valores, principios, derechos y garantías constitucionales. Ello relativiza el principio de limitación del poder público e interdicción de la arbitrariedad de las autoridades. Una Constitución que reconoce derechos para todos los ciudadanos, que activa garantías para esos derechos, pero que niega a parte de los ciudadanos el derecho a activar esas garantías, deviene, en lo que respecta a ese grupo de individuos, un documento meramente político y no verdaderamente normativo.

Así la protección de las naciones indígenas a las que remite el Estado Plurinacional resulta en desmedro del Estado de Derecho ya que los individuos quedan desprotegidos ante quienes ostentan el poder en sus comunidades, en nombre de la protección del colectivo. También llama la atención el esencialismo en el que cae la CPEv al dotar por definición con la cualidad democrática a las prácticas políticas indígenas comunitarias y al calificar a la jurisdicción indígena comunitaria como respetuosa de los derechos fundamentales *per se*. Todo esto resulta, cuando menos, cuestionable desde la perspectiva de la consideración de la Constitución como instrumento jurídico que proyecta un ideal de sociedad.

Como se ha visto a lo largo de este trabajo, las consecuencias de la introducción del *principio de plurinacionalidad* y de la existencia del *Estado Plurinacional* son de gran relevancia para el análisis del modelo constitucional y la comprensión del fenómeno constitucional en Bolivia. La consideración del aspecto plurinacional de la Constitución vigente amerita, por tanto, un estudio profundo y detallado por su importancia.

Parece evidente que existen algunas contradicciones constitucionales que tienen su origen de fondo en la yuxtaposición de distintas matrices ideológicas que no son necesariamente compatibles y que conducen a la relativización de ciertos valores y principios que se consideran propios del constitucionalismo contemporáneo. Pretender que las reformas constitucionales en la materia van a encajar dentro del

conjunto constitucional por el solo hecho de su aprobación es ilusorio. Sin embargo, la flexibilidad del modelo constitucional para articular elementos en principio contradictorios ha quedado históricamente contrastada.

Ahora bien, el constitucionalismo ha tenido hasta ahora la capacidad de incorporar orgánicamente elementos nuevos en el modelo constitucional, pero no cualquier elemento. En este sentido queda la duda de si el sistema constitucional boliviano será capaz de asimilar las reformas planteadas sin afectar las bases y principios que confieren su naturaleza a los ordenamientos constitucionales.

En la medida en que se vayan perfilando y desarrollando en el futuro los alcances normativos de la CPEv a través de la legislación y de la jurisprudencia, especialmente constitucional, habremos de ver cómo se van encajando las distintas piezas de este rompecabezas constitucional. Como fuere, lo que queda absolutamente claro es que en el mundo actual la discusión en torno a la regulación jurídica de la convivencia de distintas culturas en un mismo Estado debe encararse desde una actitud de diálogo amplio e intercultural, aunque no haya sido precisamente esa la tónica que marcó el nacimiento del Estado Plurinacional en Bolivia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBÓ, Xavier, "El perfil de los constituyentes", *T'inkazos. Revista boliviana de ciencias sociales*. La Paz, N° 23 -24, marzo 2008.

APARICIO, Marcos, *Caminos hacia el reconocimiento: Pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, Girona, Publicacions de la Universitat de Girona, 2005.

BARRAGAN, Rossana, "Ciudadanía y elecciones, convenciones y debates". *Cuaderno de Futuro N° 21, "Regiones y Poder Constituyente en Bolivia: una historia de pactos y disputas"*, La Paz, Publicación del Informe sobre Desarrollo Humano (IDH) en Bolivia del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2005.

BÖHRT, Carlos, ALARCÓN, Carlos, et al., *Hacia una Constitución democrática, viable y plural. Tres miradas*, La Paz, FES-ILDIS y fBDM, 2008.

CABEDO MALLOL, Vicente, *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*, Valencia, Universidad Politécnica de Valencia, 2004.

CARRASCO, Inés y ALBÓ, Xavier, "Cronología de la Asamblea Constituyente", *T'inkazos. Revista boliviana de ciencias sociales*. La Paz, N° 23 -24, marzo 2008.

CLAVERO, Bartolomé, "Novedades constitucionales y continuidades constituyentes: Ecuador, Venezuela, México y Bolivia. (1998-2004)" en APARICIO, Marcos (coordinador), *Caminos hacia el reconocimiento. Pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, Girona. Publicaciones de la Universitat de Girona, 2005.

CORREAS, Oscar, *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena*, México, Fontamara, 2003.

GÓMEZ RIBERA, Magdalena, "La pluralidad jurídica: ¿principio o sistema?". *Memoria del II Seminario Internacional sobre administración de justicia y pueblos indígenas*. San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

GONZALES CAMPOS, Julio, SANCHEZ RODRIGUEZ, Luis y SAENZ DE ARANA, Paz, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003.

ITURRALDE, Diego, "Pueblos Indígenas en América Latina y reformas neoliberales", *Anuario Social y Político de América Latina y el Caribe*, Caracas, FLACSO/ UNESCO/ Nueva Sociedad, 2000

JOST, Stefan (et al), *La Constitución Política del Estado, comentario crítico*, La Paz, Fundación Konrad Adenauer, 3ra edición, 2004.

ROMERO, Carlos, "La problemática de tierras y pueblos indígenas en el proyecto de Constitución", en Böhr, Carlos, Alarcón, Carlos, et al., *Hacia una Constitución democrática, viable y plural. Tres miradas*, La Paz, FES-ILDIS y fBDM, 2008.

STAVENHAGEN, Roberto, "Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales", en Jelin, Elizabeth y Herschberg, Eric, *Construir la democracia: Derechos Humanos, Ciudadanía y Sociedad en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1996.

TALAVERA, Pablo, *Interpretación, Integración y Argumentación Jurídica*, Santa Cruz de la Sierra, El País, 2008.

VILLORO, Luis, "Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos", *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, México, N° 3, 1995.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, "Reconocimiento constitucional del Derecho Indígena y la jurisdicción especial en los países andinos: Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador", *Revista Pena y Estado*, Buenos Aires, No. 4, 2000.



LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA JURÍDICO:
LAS RELACIONES ENTRE LAS FUENTES
DEL DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

*THE STRUCTURE OF THE LEGAL SYSTEM:
THE RELATIONS AMONG SOURCES
IN THE CONSTITUTION*

Rev. boliv. de derecho n° 8, julio 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 74-108



Horacio
ANDALUZ

RESUMEN: La recientemente en vigor Constitución boliviana de 2009 trae consigo cambios en la estructura del sistema jurídico. Este artículo analiza dichos cambios a través de las relaciones formales entre las distintas fuentes del derecho y expone la estructura unitaria y a la vez territorialmente descentralizada inaugurada por la Constitución. Además de un marco teórico previo, el artículo está dividido en dos partes principales: la primera se ocupa de la Constitución como fuente del derecho, e incluye las consecuencias jurídicas de su supremacía, los límites de la cláusula de interpretación de la Constitución y el carácter vinculante de los precedentes del Tribunal Constitucional; la segunda parte presenta las fuentes de derecho ordinario, sus respectivas posiciones en la estructura del sistema y las relaciones formales entre ellas.

PALABRAS CLAVE: Supremacía constitucional, continuidad del sistema jurídico, fuentes del derecho, estructura del sistema jurídico, relaciones formales entre fuentes, jerarquía, competencia, poderes normativos.

ABSTRACT: *The recently in force Bolivian Constitution of 2009 brings a change in the structure of the legal system. This paper analyzes such change through the formal relations among the legal sources and exposes the structure of the Unitarian and territorially decentralized State shaped by the Constitution. Besides a previous theoretical frame, the paper is divided into two main parts: the first one regards the Constitution as a legal source, and includes the legal consequences of its supremacy, the limits of the interpretation clause of the Constitution and the application of the stare decisis doctrine to the Constitutional Court precedents; the second part exposes the ordinary legal sources, its respective position in the structure of the legal system and the formal relations among them.*

KEYWORDS: *Constitutional Supremacy, Continuity of the Legal System, Sources of Law, Structure of the Legal System, Formal Relations among sources of Law, Hierarchy, Jurisdiction, Normative Powers.*

SUMARIO: I. Introducción.- II. Cuestiones conceptuales previas I. La estructura del sistema jurídico: la teoría formal de las fuentes del derecho 2. La continuidad del sistema jurídico: la validez del derecho preconstitucional y la competencia formal de los órganos preconstituidos.- III. La constitución como fuente del derecho I. La supremacía de la Constitución y el bloque de constitucionalidad 2. La lectura jurídica de la Constitución: la reconstrucción de la cláusula de interpretación 3. El carácter normativo de los precedentes judiciales: sus efectos vinculantes.- IV. Las fuentes de derecho ordinario I. Los tratados 2. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena 3. El derecho consuetudinario: el derecho indígena originario campesino 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.- V. conclusión: la estructura del sistema jurídico boliviano.

I. INTRODUCCIÓN

La estructura de un sistema jurídico se determina por las relaciones entre sus fuentes. Esto supone que el derecho regula su propia creación. Pero también que el significado material de sus normas depende de las formas normativas que las albergan. Así, la determinación del significado jurídico de una norma depende de su posición en la estructura del sistema y de sus relaciones con las demás formas normativas del mismo. De manera que en el pensamiento jurídico el conocimiento formal del sistema antecede a su conocimiento material, pues lo segundo viene determinado por lo primero. De ahí la relevancia de las fuentes en la teoría general del derecho. Ahora bien, que el estudio de un sistema positivo deba hacerse desde su norma fundacional, obedece a que la norma fundacional determina las condiciones de validez del sistema, y en esa medida determina también las relaciones entre sus formas normativas. Estas relaciones son las que configuran la estructura específica de cada sistema positivo. Que el estudio positivo de las fuentes deba hacerse desde el derecho constitucional, responde al hecho de que son las constituciones las que, al establecer las condiciones de validez para la pluralidad de normas que articulan, dan configuración estructural a los sistemas positivos que fundan.

En este orden de ideas, lo que aquí se presenta es un análisis de las fuentes del derecho y de sus relaciones en el marco normativo de la Constitución vigente. El análisis ha sido efectuado desde una teoría formal de las fuentes, porque sólo

• Horacio Andaluz

Abogado, Árbitro (CAINCO), Profesor de Derecho (UPSA), Master en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid), antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, Master of Laws (Harvard Law School). Últimas publicaciones: Positivismos normativo y Derecho Internacional (Plural/CERID, 2005, 201 pp.); El derecho de la sucesión de Estados (Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2º semestre 2006); 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 (Anuario Mexicano de Derecho Internacional Vol. VIII, 2008; Revista Boliviana de Derecho No. 6, julio 2008); El significado jurídico de la cláusula de sumisión en la jurisprudencia (con Andaluz, Antonio) (Revista Boliviana de Derecho No. 6, julio 2008); El control de la constitucionalidad desde la teoría del derecho (Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2º semestre 2008); La justicia constitucional en el Estado de Derecho (Revista General de Derecho Público Comparado No. 4, 2009). Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales.

un enfoque bajo el criterio formal permite identificar la estructura positiva de un sistema jurídico¹. Además, es sólo bajo el criterio formal que se puede incorporar en la categoría de fuentes tanto a la costumbre como a los precedentes judiciales. La inclusión de la costumbre es necesaria para la comprensión estructural del sistema jurídico boliviano. Respecto a los precedentes judiciales, su carácter normativo deriva de la unidad del sistema jurídico. Esto los hace exigibles en cualquier sistema positivo.

II. CUESTIONES CONCEPTUALES PREVIAS

I. La estructura del sistema jurídico: la teoría formal de las fuentes del derecho

La estructura formal de los sistemas jurídicos se configura a partir de las relaciones entre sus fuentes del derecho. Las “fuentes” revelan que el sistema jurídico regula su propia creación. Esto se da al someter la producción de normas jurídicas al cumplimiento de determinadas condiciones. De este hecho es que el normativismo deriva la unidad del sistema jurídico. Tal unidad resulta de la existencia de normas que determinan los elementos que componen el sistema. Por servir como método para la identificación de otras normas, las fuentes son denominadas “meta normas”, “normas sobre la producción jurídica” o, en términos de Hart², “reglas secundarias”.

Estas normas regulan la introducción de nuevo derecho al sistema jurídico. El proceso ocurre a través de: (1) normas de competencia formal, que atribuyen a un órgano la competencia para producir derecho (verbigracia el artículo 158.I.3 de la Constitución, que atribuye a la Asamblea Legislativa Plurinacional la competencia para dictar leyes); (2) normas de procedimiento, que disciplinan el curso procesal para el ejercicio de la competencia formal (para las leyes, el procedimiento legislativo de los artículos 162 a 164 de la Constitución en cuanto a la producción de leyes); (3) normas de competencia material, que determinan la materia en que puede ejercerse la competencia normativa (verbigracia el artículo 41 I.II de la Constitución, que atribuye competencia al órgano legislativo para reformar parcialmente la Constitución); y (4) normas de contenido, siempre que sean superiores a las normas

¹ Las teorías tradicionales definen las fuentes atendiendo o bien al criterio sustantivo o bien al de la eficacia erga omnes. Por el primero, son fuentes las normas generales y abstractas; por el segundo, lo son aquellas cuya oponibilidad es absoluta. Ambos criterios tienen carácter meramente teórico, útiles únicamente a efectos de una exposición de las distintas formas normativas, pero carecen de relevancia jurídica-positiva, lo cual no puede ser de otra manera pues la diferenciación entre “actos fuente” y “actos no fuente” no comporta consecuencias jurídicas, ya que el sistema jurídico no atribuye especificidades propias a las normas por el hecho de su clasificación como fuentes del derecho. Frente a las teorías tradicionales está la teoría formal, para la cual todas las normas son fuentes, y donde el término fuente se toma como mera forma de referirse a las condiciones de validez que una norma impone para la creación de otra. Como se verá en el texto principal, es a partir de este régimen que se construye la estructura de los sistemas positivos.

² El de Hart es el mejor intento orientado a construir una teoría del conocimiento jurídico alrededor del carácter dinámico del derecho, a partir de su diferenciación entre reglas primarias (normas de conducta) y secundarias (normas de competencia).

producidas por la fuente objeto de análisis (así, las leyes están condicionadas por el contenido de la Constitución y los decretos por el contenido de la Constitución y las leyes).

Las tres primeras condiciones son criterios de validez de tipo dinámico (formal). Su infracción produce, respectivamente, vicios de competencia formal, de procedimiento y de competencia material. Estos vicios operan respecto de disposiciones jurídicas como formas continentales (cuyo contenido son las normas jurídicas). En cambio, la cuarta condición de validez es de tipo estático (material), cuya infracción produce un vicio material o sustantivo, que opera respecto de las normas jurídicas contenidas y no respecto de las formas continentales (disposiciones jurídicas). Habida cuenta que todas las normas son resultado de un proceso de interpretación de las disposiciones que las contienen, el vicio material no significa que sea inválida la disposición que contenga una norma inválida, sino la disposición que no contenga ni una sola norma (ni una sola interpretación posible) válida. Este es el principio de conservación de la norma, que consiste en preferir la construcción interpretativa que conserve la validez de una disposición, a la que concluya en su invalidez. Y que si en materia constitucional deriva de interpretar el ordenamiento conforme a la constitución, para la teoría general del derecho es un imperativo en razón de la unidad del ordenamiento.

Para la teoría formal de las fuentes del derecho, son fuentes los actos autorizados por una norma jurídica del sistema para producir, innovar o derogar el derecho vigente. Esta es la concepción iniciada por Merkl en sus *Prolegómenos de una teoría de la construcción escalonada del derecho* (1931). Kelsen, cuya teoría del derecho para entonces se encontraba atrapada en una concepción estática del fenómeno jurídico, introdujo a su teoría la concepción dinámica de su "querido alumno"³, en que se mantuvo desde la primera edición de su *Teoría pura del derecho* (1934).

Para Merkl, el análisis estructural del fenómeno jurídico puede hacerse según el contenido de las normas o según su fuente de producción (forma). A diferencia de las formas, los contenidos en el derecho son inagotables. En cambio, sostiene, hay una "economía de la forma", ya que con vasta que fuese la multiplicidad de formas, frente a la diversidad de su contenido siempre tendrá un límite cierto. De ahí su fórmula: "la forma es finita, el contenido infinito"⁴.

³ Uno de los primeros discípulos de Kelsen en la Universidad de Viena fue Merkl. Kelsen llegó a considerarlo "cofundador" de la teoría pura del derecho al reconocer el "gran significado de su obra". De hecho, escribió que "el mérito de haber concebido y expuesto el orden jurídico como un sistema genético de normas de derecho que van concretándose gradualmente desde la constitución, pasando por la ley y el decreto y demás fases intermedias, hasta los actos jurídicos individuales de ejecución, corresponde a Adolf Merkl" (cit. por MAYER, Heinz; *La teoría de la construcción jurídica escalonada*, en WALTER, Robert; *Problemas centrales de la teoría pura del derecho*, 1ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 63).

⁴ Cit. por MAYER, Heinz; en *ob. cit.* en nota al pie 3 p. 65.

En razón de la forma, (1) la relación entre una fuente y otra se expresa en términos de delegación de poder: una fuente sólo tiene poder normativo en la medida en que le haya sido delegado por otra fuente y dentro de los límites de tal delegación; (2) cada delegación de poder determina las condiciones de validez de una norma; (3) puesto que la norma es creada por aplicación de otra (aquella que determina las condiciones de validez), la norma deriva de aquella que la autoriza, por lo que, al estar condicionada, le es inferior; formándose así, entre normas subordinantes y normas subordinadas, una cadena de validez que le da al sistema jurídico una estructura jerárquica: esta es una jerarquía lógica, que deriva de una concepción de la filosofía del derecho sobre el proceso de producción jurídica, y que, en tanto tal, es la única estructura ínsita del sistema jurídico, pues se forma a partir de las relaciones de validez entre sus normas; (4) consecuencia de lo anterior es que todo acto jurídico es a la vez la aplicación de una norma y la creación de otra, poniéndose fin a la distinción entre creación y aplicación del derecho; y, por último, (5) se disuelve la distinción conceptual entre “actos fuente” y “actos no fuente”: ya que si todos los actos normativos también crean derecho, y no sólo lo aplican, todos son también fuentes del derecho.

Como filosofía del derecho, la teoría formal de las fuentes es sólo un instrumento para el conocimiento y la explicación del derecho positivo. Nada más. Es, por tanto, un error confundir la teoría con su representación gráfica en forma de pirámide. En consecuencia, es erróneo evaluar la solvencia científica de esta teoría compulsando tal representación esquemática con la estructura positiva de un sistema determinado⁵. Siendo cierto que la graficación piramidal depaupera la teoría que pretende representar; también lo es que no se puede confundir una filosofía del derecho, como instrumento de conocimiento, con el derecho positivo, como objeto de conocimiento⁶. La teoría formal de las fuentes sólo hace visibles los vínculos entre las disposiciones jurídicas; no los produce. Tampoco impone configuración positiva alguna de los sistemas jurídicos, pues la estructura de un sistema jurídico positivo sólo es deducible de sí mismo.

⁵ Este es el nervio de la teoría de las fuentes de Kelsen: “(...) cada norma jurídica es fuente del precepto cuya creación regula, al determinar el procedimiento de elaboración y el contenido de la norma que ha de ser creada. En tal sentido, toda norma jurídica superior es fuente de la inferior. (...). La fuente del derecho no es, por tanto, como la expresión parece sugerirlo, una entidad diversa del derecho, dotada de una existencia independiente frente a éste; por sí misma, la fuente es en todo caso derecho: una norma jurídica superior en relación con otra inferior o sea el método de creación de una norma inferior determinado por otra, lo cual constituye un contenido específico del derecho” (KELSEN, Hans; *Teoría general del derecho y del Estado*, 5ª reimpresión, México D.F., UNAM, 1995, pp. 155-156). En tanto que razonamiento abstracto, el mérito de la teoría consiste en explicar en términos de derecho positivo el proceso de producción normativa. Pero corresponde a cada intérprete la tarea de identificación de las específicas condiciones de validez de las formas normativas en su sistema positivo.

⁶ Este punto ha sido tocado por Raz. Por su mayor plástica para graficar las relaciones intranormativas, él reemplaza la pirámide por el diagrama en forma de árbol, que también representa de mejor manera la organización jerárquica del derecho y las relaciones directas e indirectas de validez entre las normas, que era el objetivo principal de Kelsen al usar el modelo piramidal, a la vez que evita las implicaciones indeseables de la pirámide, entre ellas “la más indeseable”: “la apariencia de que hay siempre el mismo número de niveles en las pirámides de todo sistema positivo” (cf. RAZ, Joseph; *The Concept of a Legal System*, 2ª edición, Nueva York, Oxford University Press, 1980, p. 99).

Esto lo comprendía el propio Merkl, que acompañó su teoría formal de las fuentes con su tesis de la fuerza jurídica de los actos normativos, distinguiendo la teoría estructural (descripción lógico-filosófica) de la estructura positiva de los sistemas jurídicos (descripción jurídico-positiva).

Así trazó la distinción: (1) si la producción de todos los actos normativos está condicionada, entonces la dinámica de producción normativa está determinada por la norma jurídica que los condiciona (jerarquía lógica); (2) frente a esto, la pregunta a plantearse es si los órganos jurídico-positivos autorizados a producir determinados actos tendrán también la correspondiente autorización para su anulación; (3) su respuesta fue que ello depende del “ámbito de vigencia específico de lo jurídico”: “lo jurídico vale en tanto que en el ámbito de fenómenos jurídicos condicionantes no sean llenados manifiestamente los presupuestos para la invalidez de los fenómenos jurídicos condicionados”⁷ (presunción de validez); (4) por tanto, el problema de la capacidad de modificación de normas jurídicas es remitido al derecho positivo: cada sistema asigna una posición a las diversas fuentes dentro de la estructura del ordenamiento; esta es la fuerza jurídica, en tanto que capacidad de una fuente para incidir en el sistema, ya sea introduciendo nuevas normas o ya derogando las existentes (jerarquía positiva); y (5) la fuerza jurídica específica de las diversas formas normativas, se determina por el grado de complejidad de sus respectivos procesos de creación, pues, salvo regla contraria, una forma normativa sólo puede declinar o innovarse siguiendo el mismo proceso de creación⁸. De ahí que la fuente originada en un proceso menos complejo no pueda prevalecer contra las fuentes originadas en procesos de mayor complejidad. De esta manera, la importancia de cada forma normativa es atribuida por el propio derecho positivo, con independencia de las razones materiales de *lege ferenda* que justificaron su inclusión en el sistema como fuente del derecho. Así, la mayor fuerza jurídica de la ley respecto al decreto se explica por la mayor complejidad de su proceso de creación (justificación positiva), sin necesidad de invocar su mayor legitimidad democrática (justificación política).

La distinción entre jerarquía lógica y jerarquía positiva no sugiere en absoluto que se den en compartimientos estancos, cual si, disociada la una de la otra, la primera rigiese en el solo plano de la especulación filosófica y la segunda en el derecho vigente. Antes bien, es la teoría formal de la primera la que precisamente explica la estructura vigente en un sistema positivo, pues aunque la jerarquía lógica no impone la jerarquía positiva, la positiva sólo puede ser determinada en razón de la lógica, desde que las relaciones de validez que hacen a la jerarquía positiva

⁷ Cit. por KUČSKO-STADLMAYER, Gabriele; *La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho*; en *ob. cit.* en nota al pie 3, p. 169.

⁸ Esto descansa sobre una regla de tan vieja data en el conocimiento jurídico como que ya Ulpiano la había introducido al Digesto: “Nada es tan natural como que cada cosa se la disuelva del mismo modo como se la ligó” (*Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvitur, quo colligatum est*): Digesto, libro I, título III, ley 37), y que condice con el *Ejus est tollere cuius est condere*: “Quien tiene poder para hacer una cosa lo tiene para deshacerla”.

son descritas por la jerarquía lógica. En efecto, los sistemas jurídicos no suelen tener disposiciones positivas expresas detallando escalonadamente sus estructuras normativas, y cualquiera que lo intente a lo sumo llegará a perfilar en términos muy generales la estructura real que se forma a partir de las relaciones positivas entre sus normas. Es el caso del artículo 410.II de la Constitución, como se verá en su momento.

Es por el cumplimiento de las condiciones impuestas para la validez de sus distintas formas normativas, que se determina la estructura positiva de un sistema. Esto permite configurarlo a partir de dos criterios de estructuración: (1) según la jerarquía positiva que se compone en razón de la fuerza jurídica de las distintas formas normativas según el grado de dificultad para producirlas, y que resulta de combinar las normas formales de competencia con las de procedimiento (condiciones de validez 1 y 2), de tal manera que los preceptos de forma más difícil tienen una mayor significación en el sistema que los que muestran una forma más sencilla (el axioma es entre más difícil la forma, más importante la fuerza); y (2) de acuerdo a la competencia material asignada a los distintos órganos formales de producción (condición de validez 3), circunscribiendo a la materia objeto de la respectiva asignación competencial la validez de sus correspondientes actos normativos. Como podrá verse, en este caso la estructura del sistema no se determina por la fuerza jurídica de sus fuentes, sino por las normas que atribuyen competencia material a los órganos productores, ya se trate de normas con la misma fuerza, o ya de que establezcan una reserva a favor de una fuente inferior. Por tanto, la regla es que se sustituye el criterio de jerarquía ahí donde el sistema ha introducido el de competencia material, pues el hecho de atribuir a una fuente la regulación de una materia conlleva la invalidez de aquellas que invadieran tal campo material, incluso si jerárquicamente superiores; sin que venga al caso considerar si el contenido de la norma de fuente incompetente es antinómico con el de la fuente competente, porque lo que vicia la validez del acto es el solo hecho de incursionar en campo material ajeno y, por tanto, normar sin competencia⁹.

De manera que la estructura positiva de un sistema jurídico se configura por la coexistencia de ambos criterios, incluso al mismo nivel jerárquico. Por lo tanto, si

⁹ Un ejemplo paradigmático es el de los reglamentos camerales. En este caso, existe una norma de competencia en los artículos 159.I y 160.I de la Constitución reservando a las cámaras legislativas la atribución de dictar sus propios reglamentos. De esta manera, aún cuando siendo de fuente superior, un reglamento legislativo promulgado por ley debe ceder ante uno aprobado por resolución cameral. La razón: respecto de esta materia en particular, el sistema está estructurado según la competencia material de los órganos productores, por lo que la ley sería inconstitucional por violar la reserva de competencia hecha por la Constitución. Ni siquiera importa preguntar si la ley es efectivamente antinómica a la resolución cameral, pues lo que la hace inconstitucional es la actuación *ultra vires* de su órgano productor. En este ejemplo, la jerarquía entre la ley y la resolución cameral no juega papel alguno, sólo importa la de la Constitución. Cuando se trata del criterio de competencia, la única jerarquía relevante es la de la norma que distribuye la competencia entre las fuentes en compulsa: ella tiene que ser superior a ambas fuentes, pues de lo contrario no puede condicionar la validez de éstas a través de la competencia material de sus respectivos órganos productores. Esto es lo que hace que el vicio de competencia se sustancie como una infracción a la norma jerárquicamente superior responsable de la distribución de materias (norma de competencia).

la Constitución es la norma suprema del ordenamiento, es ella la que configura la estructura del sistema jurídico y las relaciones entre sus fuentes, pues las relaciones dependen de la estructura. La estructura es resultante de la reconstrucción de las normas constitucionales sobre la producción jurídica. Al respecto, el propio artículo 410.II de la Constitución, atinente a la estructura del sistema, deberá ser objeto de reconstrucción, a objeto de eliminar antinomias entre su descripción literal y la estructura real que se configura tomando el íntegro del texto constitucional.

2. La continuidad del sistema jurídico: la validez del derecho preconstitucional y la competencia formal de los órganos preconstituidos

De la sola entrada en vigor de la norma que define las condiciones de validez del sistema jurídico (la Constitución), no se deduce la invalidez automática del derecho preexistente, lo mismo que tampoco la incompetencia formal de los órganos productores preconstituidos. En teoría general del derecho se dice que los sistemas jurídicos tienen vocación de persistencia, porque mantienen su identidad a pesar de que sus normas varíen. Así, visto como una línea sostenida de tiempo, el sistema jurídico aparece como una realidad de existencia continua, pero examinado en distintas secciones de la línea se revela como una sucesión de subsistemas jurídicos. Tal sucesión es causada por los actos de derogación y de promulgación de normas. De ahí que la derogación de la norma sucedida y la promulgación de la norma sucesora no produzcan una ruptura en la continuidad del sistema, sino una sucesión reglada por el derecho positivo del propio sistema. De esto resulta que el sistema jurídico, por ser tal, ni por materia ni por tiempo puede darse en compartimientos estancos. De manera que respecto a la anterior Constitución, la de 2009 implica continuidad, no ruptura; donde el paso de una norma a otra se rige por la última, por ser el único texto constitucional positivo vigente¹⁰.

¹⁰ Es un hecho incontrovertible que con el cambio de Constitución la continuidad del sistema jurídico boliviano no está en duda, aunque la fuente de validez de sus normas haya cambiado. Revisemos un poco la teoría en la materia. Es cierto que para Kelsen no existe continuidad entre dos constituciones cuando la nueva es hecha en una forma no prevista en la anterior. El caso paradigmático sería el de la revolución victoriosa, que impone un nuevo orden a partir de la fuerza de los hechos. En estos casos, si el derecho prerrevolucionario continúa siendo válido, es porque el nuevo orden le confiere validez, sea expresa o tácitamente, y en eso consiste la ruptura de la continuidad: en la sustitución de la fuente de validez del sistema por procedimientos no previstos, pero no en la extinción del sistema, pues la existencia de los sistemas jurídicos es tan compleja como complejas son las formas sociales que regula, por lo que es necesario mucho más que este tipo de ruptura para extinguirlo. La existencia de los sistemas jurídicos es una cuestión de hecho, que se identifica con su efectividad para regular las relaciones sociales de una comunidad. Si bien es cierto la existencia de un sistema jurídico sin capacidad normativa es un contrasentido, también es cierto que el momento de la extinción del sistema no es determinable con exactitud. Kelsen sólo llegó a plantear una fórmula general: la existencia del sistema depende de un *minimum* de eficacia (cf. KELSEN, Hans; en *ob. cit.* en nota al pie 5, pp. 137-140). Hart fue más allá: la existencia de un sistema no puede verificarse en cortos períodos de tiempo, porque es lo suficientemente amplia y general como para tolerar interrupciones (cf. HART, H.L.A.; *The Concept of Law*, 2ª edición, Nueva York, Oxford University Press, 1994, p. 118). Raz ha sido, por último, el que ha problematizado más sobre el tema. Él propone dos exámenes para determinar la existencia de un sistema jurídico: (1) el examen de efectividad: que es preliminar y sirve para determinar si en una sociedad existe algún sistema jurídico operante, asumiendo que aunque todas sus normas son relevantes, no todas tienen la misma importancia para asegurar la continuidad del sistema; y (2) el examen de exclusión: determina cuál es el sistema existente en una sociedad, pues puede

La continuidad es una sola realidad que en la práctica presenta estas dos vertientes: (1) continuidad en el derecho preconstitucional (las fuentes vigentes antes de la publicación de la Constitución actual), y (2) sucesión en las competencias de los órganos constitucionales preconstituidos (lo que incluye sus competencias formales para producir nuevas normas).

Respecto a lo primero, con la abrogación de la Constitución anterior, la fuente de validez del derecho preconstitucional es ahora la Constitución de 2009. Consecuentemente, el derecho que resulte contrario a la Constitución vigente adolecerá de una inconstitucionalidad sobrevenida, pues si bien era constitucional con referencia al contenido de la anterior Constitución, no lo será con referencia al contenido de la vigente. La regla, por consiguiente, es que la validez del derecho preconstitucional se determina según la Constitución de 2009. Esto implica: (1) que el enjuiciamiento de su constitucionalidad debe hacerse conforme al contenido material del texto vigente; (2) que la declaratoria de inconstitucionalidad debe sujetarse al procedimiento previsto en el texto vigente; y (3) que hasta en tanto tal procedimiento no sea agotado, el derecho preconstitucional continúa siendo válido (presunción de validez).

La existencia de una norma jurídica es un dato formal objetivo, no un juicio de valor sobre sus méritos o deméritos según la apreciación personal de sus destinatarios. Por ello que para toda la producción normativa rija la presunción de que las normas son válidas hasta que el órgano atribuido de competencia por el sistema jurídico no declare su invalidez. De manera que la invalidez de una norma también es un dato objetivo, pues, tanto como constitutivamente el sistema jurídico requiere de un acto formal para que una norma comience a existir como derecho (verbigracia su publicación), también requiere de una declaratoria formal de invalidez para que una norma deje de existir como derecho¹¹. De manera que respecto a cualquier norma preconstitucional que se pudiera considerar objetable de inconstitucionalidad

ocurrir que más de uno esté efectivamente rigiendo. El examen de exclusión pone de relieve el hecho que es artificial pretender hacer un corte general en la existencia del sistema, y que lo realista parece ser asumir que a la vez que un sistema va volviéndose ineficaz, otro va ocupando su lugar en el espacio que la ineficacia del primero le deja. Una cosa es cierta, y es que Raz tiene razón al casar la identidad de los sistemas jurídicos con la identidad de las formas sociales que regulan, porque como hecho social el derecho es un epifenómeno de la cultura (cf. Raz, Joseph; en *ob. cit.* en nota al pie 6, pp. 188-189, 203-208, 211).

¹¹ La presunción de validez no se agota en el enunciado de su pura literalidad, sino que ella es consecuencia de distinguir entre las condiciones de validez y las condiciones jurídico-positivas de invalidez, pues si bien el sistema impone condiciones para la validez de sus normas, el sistema puede, por razones de seguridad jurídica, negar efecto invalidatorio al incumplimiento de algunas de esas condiciones. Merkl llama a esto el cálculo del error, nombre con el que justifica que los sistemas positivos sopesen (calculen) el peso de las condiciones de validez y decidan que el incumplimiento de algunas de ellas (las de menor importancia) no acarree la invalidez del acto afectado. En consecuencia, si el sistema positivo niega efectos invalidatorios al incumplimiento de una condición de validez, entonces tal incumplimiento no es causante de invalidez, pero si el sistema no dice nada al respecto, entonces las condiciones de invalidez son las mismas que las de validez, porque, ante el silencio del derecho positivo el fenómeno de la invalidez vuelve a justificarse en la explicación lógica-filosófica de la validez de las normas. También es consecuencia de la presunción de validez que hayan actos que sean inexpugnables por no haber en el sistema un órgano con competencia para declararlos inválidos. Es el caso, por ejemplo, de las decisiones de los máximos órganos jurisdiccionales, que son definitivas no por su intrínseca corrección racional respecto de sus condiciones de validez, sino porque son irrevisables, y es esto lo que las hace incontrovertiblemente válidas.

sobrevenida, jurídicamente sólo puede decirse que según la Constitución de 2009 el derecho preconstitucional es válido mientras el Tribunal Constitucional Plurinacional no lo declare inconstitucional. Sólo este órgano puede emitir tal declaratoria, por cuanto la Constitución le ha reservado la competencia para ejercer el control de la constitucionalidad (artículos 196.I y 202). Desde que esta competencia constituye una reserva material, ningún otro órgano del Estado puede arrogársela, como no sea violando la Constitución. Por tanto, en lo tocante al derecho preconstitucional, hay continuidad, no ruptura.

En cuanto a las competencias de los órganos constitucionales (con extensión a todo el aparato institucional del Estado), ante todo debe tenerse presente que para extinguir un órgano constitucional la Constitución no necesita declararlo expresamente, pues basta su silencio al respecto para entender que no forma más parte de la estructura del Estado (extinción del órgano por derogación de su norma de regulación). Dicho esto, cuando la Constitución regula las competencias de los órganos constitucionales ya existentes, la continuidad del sistema jurídico se produce en la forma de una sucesión de competencias, imponiéndoles las que emanan de ella y derogando las que emanaban de la anterior Constitución. Por tanto, en las competencias de los órganos constitucionales tampoco hay ruptura, sino sucesión, por lo que no interrumpen sus funciones (incluyendo las de producción normativa), ya que la sucesión es consecuencia de la sola entrada en vigor de la Constitución.

Esto significa: (1) que transitoriamente los órganos constitucionales sucedidos del régimen anterior ejercen las competencias atribuidas por la Constitución de 2009 a sus sucesores, salvo aquellas que expresamente la Constitución ha reservado a los últimos; así, el Presidente de la República ejerce las competencias del Presidente del Estado (artículo 172), el Congreso Nacional las de la Asamblea Legislativa Plurinacional (artículo 158), excepto la potestad para legislar sobre las materias expresamente reservadas por las Disposiciones Transitorias Segunda y Quinta al órgano sucesor; a saber, la Asamblea Legislativa Plurinacional que entre en funciones después de las elecciones de 6 de diciembre de 2009, etc.; y (2) que hasta el empalme con los órganos sucesores los órganos constitucionales sucedidos continúan funcionando de acuerdo a la conformación que traen del régimen anterior; ya que de la regla de irretroactividad de la Constitución vigente (artículo 123) se deriva que debe ser respetado el período de funciones de sus actuales integrantes, excepto cuando la propia Constitución haya establecido una regla contraria, en cuyo caso debe preferirse por su especialidad; así, los magistrados del órgano judicial continúan en funciones hasta el vencimiento del plazo para el que fueron designados, con mucho que la Constitución vigente establezca períodos menores que los de la anterior; y que, desde luego, correrán para quienes sean designados conforme a ella; o en lo tocante a los órganos ejecutivo y legislativo conformados según el régimen anterior; si sus miembros no agotarán los periodos para los que fueron electos no se debe al

hecho mecánico de pasar a una nueva Constitución, sino a que ésta expresamente ha reducido sus mandatos, como también expresamente los ha ampliado para los alcaldes, concejales y prefectos (Disposición Transitoria Primera).

En suma, el planteamiento no consiste en que debería preferirse la continuidad a la ruptura. Consiste en recordar que si sólo la continuidad se corresponde con el carácter dinámico de los sistemas jurídicos, entonces sólo la continuidad es constitucional. Lo contrario sería una interpretación ajena a las notas esenciales que definen al fenómeno normativo que llamamos derecho, con todo lo de artificial que tiene entender algo al margen de su naturaleza. Por ello, para lo aplicable según lo expuesto, el derecho preconstitucional sigue siendo fuente del derecho, y los órganos productores preconstitucionales siguen teniendo poderes normativos.

III. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO

I. La supremacía de la Constitución y el bloque de constitucionalidad

La supremacía de la Constitución es una cuestión de hecho: ella es la norma suprema del sistema jurídico en la medida de su efectividad para dotar de validez a la pluralidad de normas que lo integran. Sólo en este sentido la Constitución es la fuente de fuentes (*norma normarum*). La norma que si bien no regula directamente las condiciones de validez de todas las formas normativas del sistema, lo unifica al hacer que las normas que regulan la producción de cada forma concreta deriven, directa o indirectamente, de ella. Esta es la razón de la primacía constitucional, y de esto la cláusula de supremacía (artículo 410.II) es sólo una descripción del esquema de derivación constitucional de normas, no su fundamento. Fundar la primacía de la Constitución en su cláusula de supremacía es incurrir en un razonamiento circular: es afirmar que la Constitución es suprema porque ella dice que lo es.

A partir de la unidad del sistema jurídico que propugna la teoría formal de las fuentes, la supremacía de la Constitución significa: (1) que en todo proceso de producción normativa debe aplicarse las normas constitucionales con preferencia a cualquier otra norma, en los términos reglados por el sistema (verbigracia, el incidente de inconstitucionalidad tratándose de la producción de una norma individualizada, como una sentencia, artículo 132 de la Constitución); (2) que la pluralidad de normas que forman el sistema debe interpretarse conforme a la unidad de las normas constitucionales: dado que ellas fundamentan la validez de todo el sistema jurídico, las normas que lo integran no pueden ser antinómicas entre sí, y si se produce una antinomia, el conocimiento jurídico está obligado a eliminarla, pues es un imposible lógico formular como descripción de normas dos disposiciones antinómicas; (3) que ante interpretaciones distintas debe preferirse aquella cuya disconformidad

con las normas constitucionales no sea manifiesta (principio de conservación de la norma)¹²; y (4) que la jurisprudencia constitucional tiene preeminencia sobre las fuentes ordinarias, como consecuencia de que la Constitución ha reservado para el Tribunal Constitucional Plurinacional la interpretación autoritativa de las normas constitucionales (artículos 196.I y 202).

Ahora bien, son normas constitucionales no sólo las que integran el texto formal de la Constitución, sino también los tratados sobre derechos humanos y las normas de derecho comunitario, que sumados al texto formal conforman una unidad normativa, a saber; el bloque de constitucionalidad (artículo 410.II de la Constitución). De manera que formalmente la validez del sistema jurídico boliviano, por efecto de la incorporación normativa prevista por el artículo 410.II, deriva de los tratados sobre derechos humanos y las normas de derecho comunitario en el mismo grado que deriva del texto formal de la Constitución. Por derivar de una incorporación normativa, cuando se trata de la violación de normas incorporadas, el vicio de constitucionalidad no se sustancia por la violación a dichas normas *per se*, sino por la violación de la norma incorporante, responsable de darles rango constitucional¹³.

En lo atinente a los tratados sobre derechos humanos, el artículo 410. II supone asumir en el texto de la Constitución la jurisprudencia del antiguo

¹² La interpretación antinómica de una disposición no viene necesariamente aparejada con su declaratoria de invalidez (no debe confundirse la conservación de la norma con la presunción de su validez), pues esto depende de que el sistema haya conferido al intérprete el poder para emitir tal declaración, por lo que es concebible que en el ordenamiento coexistan interpretaciones antinómicas, de ahí que la exigencia de conservar nazca de la unidad del sistema, pues si el poder de interpretar estuviese siempre acompañado del poder de declarar la invalidez, el problema no sería la unidad, que no se vería afectada, sino la salud del ordenamiento, pues se podrían generar vacíos normativos indeseables. Por ello que la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma no importe que ésta no sea conforme a la constitución, sino que su disconformidad con ella sea manifiesta, es decir, que vaya más allá de cualquier duda a favor de su constitucionalidad. Muestra del profundo arraigo que el imperativo de conservar tiene en el derecho es que ya en 1804, por mano de Marshall, la Corte Suprema de Estados Unidos lo llevó a sitial constitucional en *Murray v. Schooner Charming Betsy*: "una ley del Congreso nunca debe ser interpretada de tal manera que resulte violatoria del derecho internacional si es que hay alguna otra interpretación posible" (2 Cranch 64, 6 U.S. 64, 1804, p. 118). Luego, en *Parsons v. Bedford* (1830), el juez Story lo aplicaría expresamente a la interpretación de las leyes, dando lugar a la denominación de *avoidance canon* con que se conoce el principio en el derecho americano, y que por definición (regla de evitamiento) dice de su sentido: "ningún tribunal debe, ni siquiera involuntariamente, construir una interpretación que suponga una violación de la Constitución, a menos que los términos de la ley lo hagan inevitable" (28 U.S. 433, 1830, p. 448). En el derecho privado, que es donde al parecer tuvo su origen la idea de conservación de los actos normativos, formulándose como respuesta a los conflictos planteados por contratos con cláusulas ambiguas, hay antecedentes tan antiguos como el Digesto: "en casos ambiguos, lo más conveniente es aceptar que la cosa de que se trata más bien sea válida a que perezca" (Digesto, Ley 12, Tit. 5, Lib. 34: *Quoties in ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat quam pereat*). Por otro lado, el principio de conservación de la norma también tiene importancia para la teoría política de la división de poderes, como supuesto constitucional básico para la organización del Estado de Derecho, pues, en línea con la doctrina preconizada por Story, los tribunales deben asumir que los poderes han querido cumplir con la constitución, y violarla, ya que no partir del principio importaría que de inicio se sospecha de la capacidad del legislativo y el ejecutivo para ejercer sus respectivas atribuciones con apego a la constitución, siendo que aún para el administrado lo que debe suponerse es la buena fe y el sano propósito de su proceder.

¹³ Propongo la denominación de "norma incorporante" porque sus efectos son los de incorporar a la Constitución normas que no están en su texto formal. En este sentido, el artículo 410.II produce a nivel constitucional los mismos efectos que a nivel contractual producen las cláusulas que establecen que determinados documentos son partes integrantes del contrato. La entidad jurídica de estas cláusulas es, como la del artículo 410.II, también la de una norma incorporante.

Tribunal Constitucional, que tomó el artículo 35 de la anterior Constitución como “permiso expreso” para la incorporación de normas al bloque de constitucionalidad, haciéndolo puerto de entrada de derechos y garantías tácitamente enunciadas pero no consignadas literalmente en su texto, y que por igual nacían de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno. Por lo demás, dicha construcción jurisprudencial también se fundaba en el texto formal de la Constitución, pues la declaración de inconstitucionalidad de una norma contraria al bloque se sustanciaba en razón de la violación de su artículo 35¹⁴.

Hasta aquí, se tiene que los tratados sobre derechos humanos son normas de jerarquía constitucional, siendo su supremacía (jerarquía positiva) el criterio que regula sus relaciones con las normas ordinarias del sistema jurídico. Pero la Constitución también regula las relaciones entre las normas contenidas en estos tratados y las normas contenidas en su texto formal. Estas relaciones son regidas por el criterio de especialidad. De ahí que, de presentarse una antinomia entre una norma del texto formal de la Constitución y una contenida en un tratado sobre derechos humanos, debe interpretarse el supuesto de hecho de la norma del texto formal como siendo lo suficientemente general como para cobijar el supuesto especial de la norma de fuente internacional, eliminándose así la antinomia¹⁵.

Repárese en el contenido del artículo 13.IV de la Constitución: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de

¹⁴ Cf. STC 45/2006-RDI (2 de junio). Durante el proceso de cambio de la Constitución, presenté a la Asamblea Constituyente una propuesta de articulado sobre los aspectos formales que debiera regular la Constitución en materia de derecho internacional. Uno de los artículos propuestos buscaba elevar a sitial constitucional jurisprudencia del antiguo Tribunal Constitucional sobre el bloque de constitucionalidad. El artículo propuesto decía: “Las normas de derecho internacional sobre derechos humanos son por su materia normas constitucionales”. Su motivación puede verse en ANDALUZ, Horacio; *El derecho internacional en el sistema de fuentes: propuesta de artículos para la nueva Constitución de Bolivia* (6 Revista Boliviana de Derecho, 2008), p. 93 y ss. (reproducido en VIII Anuario Mexicano de Derecho Internacional 2008 y en 15 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009).

¹⁵ Es un equívoco decir que algunas normas constitucionales tienen rango “supraconstitucional” para referirse a que se aplican con preferencia a otras normas constitucionales. Tal designación confunde las relaciones estructurales del sistema jurídico con los modos específicos de relacionamiento intranormativo, por ello que no conciba más modo de relacionamiento intranormativo que el jerárquico, y por eso que la aplicación preferente la entienda en términos de jerarquía, como la propia palabra “supraconstitucional” mienta. Si la aplicación preferente se entiende en términos de jerarquía, entonces la “supraconstitucionalidad” sólo puede significar una de las dos siguientes consecuencias: (1) o bien es una invocación al naturalismo, con lo cual las normas “supraconstitucionales” expresarían una teoría acerca del conocimiento moral, pero no serían derecho; (2) o bien conlleva la ordinarización de la constitución, pues si hay normas superiores a ella, entonces no es la norma suprema, y la verdadera norma suprema, o sea la verdadera constitución, estaría conformada por las llamadas normas “supraconstitucionales”, y en esa medida sólo ellas condicionarían la validez de todo el ordenamiento jurídico, comenzando con las normas de lo que entonces habría que denominar la “constitución ordinaria”. Ahora bien, si con el término “supraconstitucionalidad” no se quiere hacer referencia a una superior jerarquía, sino al hecho de que ciertas disposiciones tienen mayor relevancia ontológica que otras, como ocurre con las disposiciones que llamamos “principios”, haciendo que las primeras influyan en la determinación del significado jurídico de las segundas, entonces la “supraconstitucionalidad” sería una nueva denominación para un concepto ya conocido, a saber, el ámbito de aplicación material propio de cada disposición. En el caso de los principios, su mayor ámbito de acción es consecuencia de que los mismos reciben tal denominación porque de ellos puede deducirse otros contenidos, sea por su mayor relevancia teleológica o lo sea por su importancia axiológica. En cualquier caso, no es que se trate de normas superiores, sino de contenidos de mayor relevancia ontológica, que, por ello mismo, participan en la determinación del significado jurídico de otras normas.

excepción, prevalecen en el orden interno. (...). El texto “y que prohíben su limitación en los estados de excepción” podría llevar a entender que sólo prevalecerán en el orden interno los tratados de derechos humanos que contengan tal prohibición. Pero esta no es una interpretación posible, porque resulta antinómica respecto a lo establecido por el artículo 410.II, por cuya virtud cualquier tratado sobre derechos humanos tiene jerarquía constitucional. En consecuencia, en términos de significado jurídico, de lo que dicho texto estaría predicando es de la especialidad de sus normas en relación con las demás normas constitucionales (tanto las del texto formal como las incorporadas). Como la unidad del sistema jurídico impide sostener que el artículo 13.IV esté diciendo lo que su tenor literal, en efecto, dice, debe rescatarse su sentido normativo apelando a su especialidad, pues es lo que permite demostrar que no contradice lo dispuesto por el artículo 410.II. Así, (1) el artículo 410.II establece la supremacía constitucional llana de todos los tratados sobre derechos humanos, pero (2) eso no es antinómico con que durante el estado de excepción la aplicación de tales tratados se rija por la regla especial del artículo 13.IV reconstruido: prevalecen entre todas las normas constitucionales de la materia (supremacía constitucional llana), aquellas que prohíban la limitación de los derechos humanos durante el estado de excepción (aplicación del criterio de especialidad entre normas del mismo rango).

Que el criterio de especialidad regula las relaciones entre las normas constitucionales sobre derechos humanos, está claro en el texto expreso del artículo 256.I: los tratados sobre derechos humanos que “declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”. Al igual que en el caso del artículo 13.IV, aquí la preferencia no está en función de la jerarquía, porque todas las normas son del mismo rango, sino de la especialidad.

Con forma de regla de interpretación, el artículo 256.II introduce al sistema una norma sobre producción jurídica. Así, establece que los derechos reconocidos en la Constitución se interpretarán de acuerdo a los tratados internacionales sobre derechos humanos “cuando éstos prevean normas más favorables”. Excepto la parte entrecomillada, el mismo texto está en el artículo 13.IV. Otra vez, para ambos artículos debe entenderse que la regla de interpretación supone la especialidad de los tratados de derechos humanos respecto del texto formal de la Constitución, tomando como criterio específico de especialidad su carácter más favorable para los derechos humanos. Que la mención expresa al carácter más favorable no esté en el texto del artículo 13.IV no quiere decir que no sea parte de su significado jurídico: la razón de ser de las constituciones es instituir gobiernos de poderes limitados, por lo que la regla general para su interpretación es que debe leerse a favor de los particulares.

No se olvide que también son normas constitucionales las de derecho comunitario (sistemas normativos producidos por las comunidades de integración

entre Estados). Por su fuente de producción, estos sistemas están compuestos por normas de derecho originario y de derecho derivado. Las primeras son normas de derecho internacional convencional producidas por los Estados miembros de la comunidad, y equivalen a la constitución de la comunidad. Las segundas son producidas por los órganos de gobierno de las comunidades. Son normas cuya validez deriva de los tratados constitutivos, pues los poderes normativos resultan de las competencias que, a través de los tratados constitutivos, los Estados miembros han atribuido a los órganos comunitarios.

A propósito del derecho comunitario derivado, según el artículo 410. II (norma incorporante), el requisito para que una norma integre el bloque de constitucionalidad es que haya sido ratificada por el país. En el lenguaje de la Constitución, la ratificación significa (1) el acto de derecho interno mediante el cual el órgano legislativo autoriza al ejecutivo a celebrar tratados (artículo 158.I.14); (2) el acto de derecho internacional que expresa la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse convencionalmente ante sus pares (artículo 255.I)¹⁶; y (3) la incorporación de los tratados al derecho interno, para que sean aplicables en este orden (artículo 257.I). Pues bien, la norma incorporante procede bajo la comprensión de este triple alcance del término, y ello es exigible, en efecto, para los tratados sobre derechos humanos y las normas de derecho comunitario originario, porque en ambos casos se trata de normas de derecho internacional convencional, ergo regidas por la Constitución tanto en su proceso de formación (participación de los órganos constitucionales) como en las condiciones para su aplicación en el derecho interno. Empero, tratándose de normas de derecho comunitario derivado debe tenerse en cuenta que su formación y eficacia en el derecho interno dependerá de lo pactado en los tratados constitutivos pertinentes, que bien pueden disponer que tengan eficacia directa o que primero deban ser incorporadas formalmente al orden interno, ya sea por la vía usual de la ratificación legislativa o por mecanismos más expeditivos¹⁷. Por tanto, exigir para las normas de derecho comunitario derivado el cumplimiento de requisitos distintos a los convenidos en los tratados de derecho comunitario originario, supondría (1) comprometer la fe internacional del Estado en la medida de la violación que hubiese al tratado (*pacta sunt servanda*); y (2) violentar

¹⁶ En cuanto a esta acepción, la mención a la ratificación en el texto de la Constitución debe entenderse referida al género de actos aceptados en el derecho internacional para manifestar tal consentimiento. Así, la ratificación se equipara a la firma, al canje de instrumentos constitutivos del tratado, a la aceptación, a la aprobación, a la adhesión o a cualquier otra forma convenida en un tratado como medio para obligarse por él, pues todas ellas son las formas usadas en el derecho internacional. De esta manera, integran el bloque de constitucionalidad todas las normas respecto de las cuales el Estado boliviano haya manifestado su consentimiento en obligarse, aún cuando no sea bajo la forma específica de la ratificación.

¹⁷ La aplicación del derecho comunitario derivado en el derecho interno depende de cada acuerdo de integración. Por ejemplo, el artículo 189 del Tratado de la Comunidad Europea establece que los reglamentos son directamente aplicables en los Estados miembros, mientras que las directivas no lo son (éstas obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejándoles en libertad para elegir la forma y los medios de alcanzarlos). En el caso del Protocolo de Ouro Preto (Mercado Común del Sur), las decisiones, resoluciones y directivas deben ser incorporadas en los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos en la legislación de cada país (artículo 42). Por tratarse de un proceso de integración, cada uno de los Estados miembros ha regulado procedimientos menos formales que la ratificación legislativa.

la propia Constitución, porque como el derecho comunitario originario forma parte del bloque de constitucionalidad, incumplir sus normas implica violentar la norma incorporante (artículo 410.II).

Para tomar el caso de la Comunidad Andina de Naciones, los artículos 17 y 21 del Acuerdo Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) atribuyen al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión de la Comunidad Andina competencia para emitir derecho comunitario derivado en la forma de Decisiones, las mismas que forman parte del ordenamiento jurídico andino (artículos 17 y 25). Como miembro de la Comunidad, Bolivia es parte del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de su Protocolo Modificatorio¹⁸ (derecho comunitario originario), del que interesan (1) el artículo I.c, que reitera que las decisiones del Consejo Andino y de la Comisión forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad; (2) el artículo 2, que dispone que las decisiones obligan a los Estados miembros desde la fecha de su aprobación por el órgano que las emitió; y (3) el artículo 3, que reconoce a las decisiones eficacia directa en los países miembros a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, excepto cuando su propio texto disponga que para ser aplicable es necesaria su incorporación en el derecho interno mediante acto expreso. Por tanto, siempre que no se trate de esta excepción, las decisiones de la Comunidad Andina integran el bloque de constitucionalidad sin necesidad de ratificación.

Finalmente, no debe olvidarse que integran el bloque de normas constitucionales los tratados sobre derechos humanos y normas de derecho comunitario ratificados por el Congreso Nacional durante la vigencia de la anterior Constitución, por razón de la continuidad del sistema jurídico.

2. La lectura jurídica de la Constitución: la reconstrucción de la cláusula de interpretación¹⁹

También son meta normas (fuentes) las reglas de interpretación positivadas. Lo son porque al reglar la reconstrucción interpretativa de las disposiciones normativas están sujetando sus condiciones de validez al método de interpretación positivado por la regla. Esto es lo que ocurre con la "cláusula de interpretación", nombre con el que se hace referencia al artículo 196.II de la Constitución, mientras que por su "reconstrucción" se entiende la expresión de su significado jurídico una vez interpretada. En tanto interpretación de una cláusula de interpretación, el ejercicio consiste en tomar la cláusula como disposición continente y pasar de la expresión

¹⁸ Ratificado por Ley 1872 de 15 de junio de 1998. El instrumento de ratificación se depositó el 18 de septiembre de 1998. El Protocolo Modificatorio entró en vigor en agosto de 1999.

¹⁹ Este punto es parte de un trabajo mayor, publicado en España como *La justicia constitucional en el Estado de Derecho* (4 Revista General de Derecho Público Comparado 2009).

literal de su texto a las normas jurídicas que realmente contiene. Por toda justificación del ejercicio, baste advertir que por la interpretación de su cláusula de interpretación pasará a su turno todo el contenido de la Constitución, incluyendo sus normas sobre la producción jurídica. De manera que en gran medida esta cláusula es “la constitución de la constitución”. Dice la cláusula de interpretación: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

La frase “con preferencia” es la que da a la cláusula su significado jurídico, más allá del mandato literal al intérprete de preferir la “voluntad del constituyente”²⁰ y el “tenor literal del texto”²¹.

En efecto, “con preferencia” envuelve: (1) que los criterios proporcionados por la cláusula deben tener para el intérprete preeminencia sobre otros métodos de interpretación (sentido obvio de la cláusula); (2) que entre la interpretación según “la voluntad del constituyente” y la interpretación según “el tenor literal del texto” no existe prelación, siendo que en la práctica lo segundo puede no expresar lo primero, y aún presentar divergencias; (3) que la preeminencia asignada por la cláusula a ambos criterios no es razón excluyente de otros resultados interpretativos, a los que pueda arribarse mediante la aplicación de métodos distintos, pues el enunciado “con preferencia” tiene de suyo un claro sentido normativo, y tanto como le permite al intérprete servirse de otros métodos no puede prohibirle luego valerse sus

²⁰ La frase hace referencia a la interpretación histórica. Ésta propugna: (1) que el significado de las disposiciones legales debe justificarse en la voluntad del legislador; (2) que la voluntad del legislador es un buen justificativo porque la misma fue expresión de las fuentes materiales que desembocaron en la promulgación de la norma; (3) que un buen referente de las fuentes materiales, como acervo condicionante de la intención legislativa, debiera encontrarse en los trabajos preparatorios y precedentes inmediatos de los cuerpos legales, pues ellos pueden ser útiles para investigar las razones sociales y políticas en que estuvo inmersa la actividad legislativa (de ahí que la cláusula de interpretación remita a encontrar la “voluntad del constituyente” en “sus documentos, actas y resoluciones”); y (4) que, por ello mismo, el método no ata a lo que el legislador quiso decir, sino a las razones que lo llevaron a decir lo que dijo, como fuente de justificación del significado jurídico de una proposición (esto último ya es un alejamiento del planteamiento decimonónico original que trabajaba con una visión subjetiva respecto del contenido de las proposiciones jurídicas, obligando al intérprete a atar el significado de las normas a la voluntad de la autoridad normativa que las dictó, mientras que hoy se acepta que las normas son autónomas e independientes de la voluntad de su creador y, por consiguiente, del sentido que éste quiso atribuirles).

²¹ La frase se refiere a la interpretación gramatical, sobre la que cabe puntualizar lo siguiente: (1) que por ella se entiende la tarea de precisar el significado de una disposición normativa haciendo un análisis lingüístico de las palabras, de los enunciados formados por ellas, del texto formado por los enunciados y del contexto extralingüístico en que discurre la disposición; (2) se entiende que cualquier análisis lingüístico se hace con referencia a las particulares acepciones usadas en cualquier campo del saber, de modo que tratándose de proposiciones de derecho el análisis lingüístico deberá considerar el sentido especializado que algunas palabras tienen en el marco del sistema jurídico, y cuando las palabras empleadas carezcan de un significado propio en el derecho, habrá de tomarse su sentido ordinario; (3) no supone que siempre deba acudir a la interpretación, sino sólo cuando el texto no tiene un lenguaje claro, y donde por tal debe entenderse el que posee un significado convencionalmente aceptado; así, la antigua sentencia *in claris non fit interpretatio* se sigue aplicando pero con un sentido renovado; (4) la sentencia que se acaba de citar tiene el sentido de una salvaguarda para evitar la interpretación contra-literal, es decir, aquella que es contraria al significado claro de una proposición; y (5) llevada a la adjudicación constitucional, la prohibición de interpretación contra-literal puede más que el principio de conservación de la norma (“al juez no le está permitido mediante la interpretación conforme con la constitución darle un significado diferente a una ley cuyo tenor y sentido resulta evidente”: SCHWABE, Jürgen; *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 1ª edición, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2003, p. 3).

resultados, con lo que el asunto pasa por saber bajo qué argumentos se pueden excluir los resultados contradictorios; y (4) que así como no significa una razón excluyente, “con preferencia” tampoco significa valor confirmatorio, en el sentido que el uso de los resultados interpretativos obtenidos por métodos no mencionados estaría condicionado a su carácter confirmatorio de los resultados obtenidos acudiendo a “la voluntad del constituyente” o al “tenor literal del texto”, pues tal sería una interpretación contra-literal, es decir, una interpretación que no respeta el significado claro de una proposición, y donde por significado claro se entiende aquel convencionalmente aceptado, en que “preferir” y “confirmar” no son sinónimos.

Así, es cierto que la cláusula remite al intérprete a los métodos de interpretación mencionados, pero lo que en derecho debe entenderse es que tal mandato no es imperativo en el sentido de obligarlo a usar uno o ambos criterios, sino de obligarlo a justificar la decisión de no aplicar ninguno de ellos, cuando existan razones excluyentes para no hacerlo. Es decir, razones cuyas peculiaridades materiales o formales las hagan imperar sobre otras razones y sean determinantes en la decisión de no aplicar los métodos mencionados en la cláusula de interpretación²².

En este sentido, los límites naturales de los métodos impuestos en la cláusula de interpretación actúan como razones excluyentes materiales de la obligación del Tribunal Constitucional Plurinacional de emplearlos. De esta manera, no puede acudirse a la “voluntad del constituyente” cuando sus “documentos, actas y resoluciones” simplemente no se pronuncian sobre la disposición en análisis o, pronunciándose, su interpretación no conduzca a ningún resultado o conduzca a varios resultados posibles; como tampoco puede acudirse al “tenor literal del texto” cuando el texto lleve al mismo tipo de resultados (o ninguno o varios posibles). De lo dicho deriva que cada método está limitado por las propias razones que lo justifican como tal, y de ahí que no haya método que no pueda sucumbir por agotamiento interno. De hecho, ningún método de interpretación está libre de no conducir a ningún resultado, como no está libre de conducir a varios resultados posibles. Para lo primero, recurrir a un método distinto será materia obligada. Para lo segundo, el concurso de interpretaciones posibles sólo podrá ser resuelto con un método distinto al que lo originó. Lo cierto es que cuando un método sucumbe por agotamiento interno, son las propias limitaciones del método las que devuelven al intérprete la plenitud de su libertad hermenéutica. Y es por ello que tal agotamiento constituye una razón excluyente material, ya que en este caso es la propia materia o contenido del método lo que excluye la posibilidad de aplicarlo.

Ahora bien, el agotamiento de los métodos de interpretación no es un tema controversial para la teoría del derecho, ya que al asumir con naturalidad que una norma puede tener varias interpretaciones posibles, también asume que no hay

²² El concepto de “razones excluyentes para la acción” es de Raz (cf. RAZ, Joseph; *Practical Reason and Norms*, reimpresión, Nueva York, Oxford University Press, 2002, pp. 35 y ss).

un único método racional para justificar el significado de una proposición jurídica. Siendo así, el abordamiento del tema consiste en establecer si la propia ordenación del sistema jurídico brinda argumentos que operen como razones excluyentes formales ante el concurso de interpretaciones posibles; es decir, si la teoría general del derecho proporciona argumentos para que el intérprete inaplique la "voluntad del constituyente" o el "tenor literal del texto", con vista a los aspectos formales del sistema jurídico.

La respuesta pasa, primero, por el tema de la unidad del sistema jurídico. En efecto, para la teoría general del derecho el sistema jurídico forma una unidad en la medida que la validez de la pluralidad de sus normas puede ser reconducida hacia una única norma mayor como fuente universal de validez. Ahora bien, para que un sistema jurídico forme una unidad, la norma que le provee validez debe también formar una unidad: lo que se traduce en que el seno de la Constitución no puede albergar antinomias (en la interpretación constitucional esto se conoce como principio de concordancia práctica). Hasta aquí se tiene que, con cláusula de interpretación o sin ella, una interpretación constitucional posible es aquella que se justifica en la unidad de la Constitución o, en términos negativos, que debe rechazarse aquella que quiebre la unidad del sistema, aún cuando fundada en la "voluntad del constituyente" o el "tenor literal del texto". Segundo, como ya se ha visto, al fundar un sistema jurídico, la Constitución establece su estructura formal, de la que son consecuencia las relaciones entre sus fuentes del derecho y las relaciones de competencia entre los órganos constitucionales. De esta manera, también será interpretación posible cualquiera que se justifique en la estructura constitucional del sistema de competencias, debiendo inaplicarse la "voluntad del constituyente" o el "tenor literal del texto" cuando los resultados que presenten sean contrarios a la distribución constitucional de competencias (lo que en la interpretación constitucional se conoce como principio de corrección funcional).

Así, pues, tomados (1) el agotamiento interno de los métodos de interpretación; (2) la unidad del sistema jurídico; y (3) el sistema constitucional de competencias, como razones excluyentes que justifican la decisión de no aplicar la "voluntad del constituyente" ni el "tenor literal del texto", la cláusula de interpretación reconstruida dice: "El Tribunal Constitucional Plurinacional fundará sus decisiones en la voluntad del constituyente, según sus documentos, actas y resoluciones, o en el tenor literal del texto de la Constitución, salvo que no produzcan ningún resultado o que los resultados producidos sean contradictorios entre sí o con otras normas de la Constitución, o alteren el sistema de competencias por ella establecido, en cuyo caso las fundará en otros criterios". Y esta es la norma que debe aplicarse a la interpretación de las normas constitucionales.

3. El carácter normativo de los precedentes judiciales: sus efectos vinculantes²³

La unidad del sistema jurídico exige que los precedentes constitucionales gocen de preeminencia sobre el derecho ordinario, pues su órgano productor es el único autorizado por el sistema para pronunciarse autoritativamente sobre la Constitución (artículo 196).

En los sistemas jurídicos de tradición civil, el papel del juez se considera más restringido y modesto que el papel que sus pares desempeñan en los sistemas jurídicos de derecho común (*common law*). La razón de esta diferencia está en el efecto vinculante que los precedentes judiciales tienen en los sistemas de derecho común, es decir, en la obligación que tienen los jueces de resolver casos similares conforme a sus propias decisiones, las decisiones de sus pares o las de sus superiores; mientras que en la tradición civil el carácter normativo de los precedentes, más allá del caso en litigio, es resistido.

Esta resistencia se explica por (1) la influencia de la Revolución Francesa, que, en su afán de imponerse al antiguo régimen, llevó la división de poderes al equívoco de asumir que sólo el cuerpo legislativo creaba derecho, asegurándose de antemano que la judicatura acompañase el proceso revolucionario jurificado por la Asamblea Nacional²⁴; (2) la ideología de la codificación, que, como producto del naturalismo racionalista de los siglos xvii y xviii, creyó haber encontrado unas leyes universales llamadas a regir el comportamiento humano, exagerando la importancia de los códigos como si fueran los depositarios de todo el derecho; y (3) el predominio de la Escuela de la Exégesis, que, como consecuencia de los dos puntos anteriores, describió al juez como un puro aplicador mecánico de las leyes, pues, por un lado, no podía participar en el proceso de creación del derecho, porque esa labor le correspondía a la legislatura, y, por otro, la interpretación e integración del derecho, como fuentes tradicionales de su poder, ya no tenían razón de ser, dado que el alto grado de perfección supuestamente alcanzado en los códigos las hacían innecesarias.

Pues bien, lo cierto es que ninguna de estas razones es de derecho positivo. Por el contrario, en el sistema de derecho vigente no hay norma que niegue a los precedentes judiciales su efecto vinculante. El punto de partida de esta afirmación es la unidad del sistema jurídico, que presupone la unidad de su norma fundacional. En

²³ Este punto está formulado en argumentos de teoría general del derecho, válidos para cualquier sistema jurídico positivo, por eso que se apoya en la unidad del sistema como tesis central. Para un análisis específicamente constitucional y lo suficientemente amplio sobre el efecto vinculante de los precedentes constitucionales en Bolivia, véase ASBUN, Jorge; *Estudios constitucionales*, 1ª edición, Santa Cruz, El País, 2008, pp. 73-116.

²⁴ De hecho, hasta tiempos prerrevolucionarios los jueces continentales actuaban de manera similar a sus colegas ingleses, desarrollando un cuerpo de normas de derecho común y su propia doctrina del precedente. Esto fue interrumpido por la Revolución, que reclamaba el monopolio en la producción jurídica para poder consolidar sus reformas por medio del derecho (cf. MERRYMAN, John Henry; *La tradición jurídica romano-canónica*, 8ª reimpresión, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 47-59, 72-80).

este sentido, siempre que la norma fundacional de un sistema, además de establecer las formas de creación de nuevo derecho, tenga un contenido material —el que fuera—, el respeto al precedente será un elemento de dicho sistema, pues que los casos similares sean decididos de modo similar importa mantener tal unidad.

Hasta aquí la teoría del derecho; ahora su aplicación. Resulta que (1) la Constitución no sólo es una norma dotada de contenido, sino que (2) parte de ese contenido consiste en la igualdad de las personas ante la ley y en la garantía de seguridad jurídica²⁵, lo que (3) significa que ante todos los hechos “A” el derecho debe ser “B” (se entiende que “A” supone la identidad fáctica del supuesto y sus circunstancias), por lo que, en consecuencia, (4) de la propia Constitución nace el respeto a los precedentes, en sus respectivas materias, del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Agroambiental, por cuanto (5) si ante los hechos “A” el derecho no fuera “B”, sino indistintamente “C”, “D” o “E”, entonces no habría igualdad ante la ley ni tampoco habría garantía de seguridad jurídica.

En contra del respeto al precedente se ha invocado la independencia judicial. Pero tal argumento olvida que si bien los tribunales no están sometidos a ningún otro poder, sí lo están a la Constitución, que es de donde emana el imperativo de unidad del sistema jurídico, y que conlleva el respeto al precedente²⁶.

Y si por independencia judicial se quiere significar el derecho de los jueces a decidir según su propio razonamiento jurídico, entonces lo que debe recordarse es que el respeto al precedente no implica hacer del precedente algo de suyo inalterable, porque lo que ello conllevaría es la pretensión de estancar la historia y estancar el raciocinio jurídico. Lo que el respeto al precedente implica es el imperativo jurídico de alterarlo sólo con base en la construcción de argumentos que justifiquen debidamente su reversión como precedente. Y donde, desde luego, se entiende que el precedente no está constituido por el texto de la sentencia ni únicamente por su parte resolutive, sino, con un criterio de razón suficiente, por el derecho declarado aplicable a las hipótesis necesarias para justificar la decisión. Por tanto, no hacen parte del precedente las cuestiones incidentales, como referencias doctrinales, citas de derecho comparado, mención a disposiciones jurídicas aplicables al asunto pero no decisivas para su resolución, o los hechos que, aunque considerados, no son determinantes para justificar la decisión final; todo lo cual se conoce como *dicta*, que no importa jurisprudencia²⁷.

²⁵ La exigencia de seguridad jurídica es ínsita a todo sistema jurídico, desde que ella supone la realización de su premisa conceptual formal por excelencia, a saber, el cumplimiento de sus normas.

²⁶ En su momento, la Corte Suprema de Justicia llegó a hacer uso de su iniciativa legislativa para presentar un proyecto de ley modificatoria del artículo 41.I de la Ley 1836 de 1 de abril de 1998, de tal manera que los poderes públicos sólo estuviesen vinculados por las decisiones del Tribunal Constitucional pronunciadas en las acciones de inconstitucionalidad, mas no así por la jurisprudencia formada en las acciones de tutela (cf. RIVERA SANTIBAÑEZ, José Antonio; *El Tribunal Constitucional en el nuevo modelo de Estado*, en 10 Justicia constitucional y Estado de Derecho, 2006, p. 157).

²⁷ Decía Goodhart que el precedente se encuentra “tomando los hechos considerados por el juez y su decisión en tanto que basada en ellos” (GOODHART, Arthur L.; *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, 40 Yale Law

Así entendido, lejos de contraponerse a la independencia judicial, el respeto al precedente la reafirma, pues si la precondition para que el órgano judicial sea verdaderamente inmune a las presiones, es que exista con la dignidad de un auténtico poder del Estado ante los ojos del ciudadano, es a ello que contribuye el carácter vinculante de sus decisiones. En efecto, (1) la unidad de la jurisprudencia beneficia al ciudadano, por redundar en certeza y previsibilidad respecto de las decisiones de los poderes públicos, incluyendo las judiciales (de ahí que Llewellyn dijera que “aún cuando los predecesores hubiesen sido malos, ignorantes, tontos o parcializados, la certeza de que sus sucesores seguirán sus precedentes da la base para que se pueda prever las acciones de los tribunales”²⁸); (2) las garantías del ciudadano penden del supuesto de que el poder frene al poder; y ya que ello supone la eficacia del derecho como sistema de seguridad, es preferible que la interpretación autoritativa de la Constitución y las leyes sea vinculante, a que no lo sea, ya que el decisor que basa sus acciones en normas está adelantando sus futuras decisiones, lo que satisface a un principio general de consistencia, que hace a la necesidad misma de seguridad jurídica; y (3) el tema también envuelve la cuestión de la unidad del sistema jurídico, y, otra vez, la unidad redundante en la eficacia del sistema, al conllevar la realización de sus premisas conceptuales mismas, y donde la premisa por excelencia de cualquier sistema normativo, incluso de uno totalitario, es que la sola existencia de normas de aplicación cierta ya supone limitar la arbitrariedad.

IV. LAS FUENTES DE DERECHO ORDINARIO

I. Los tratados

Como fuentes de derecho interno, interesan los tratados incorporados al ordenamiento a través de su ratificación (artículo 257.I). En lo que se refiere a la posición de los tratados en el sistema jurídico, el texto expreso de la Constitución plantea una antinomia: por un lado dice que los tratados se aplican con preferencia a las leyes (artículo 410.II), pero, por otro lado, también dice que los tratados tienen rango de ley (artículo 257.I).

Una primera forma posible de eliminar la antinomia pasaría por interpretar que la Constitución establece tres regímenes jerárquicos para los tratados: (1) rango constitucional, para los tratados que integran el bloque de normas constitucionales;

Journal, 1930, p. 182). El antiguo Tribunal Constitucional se refirió a la identidad de hipótesis de hecho de los precedentes (es decir, el elemento “A” en la fórmula Si es “A” debe ser “B”), como “analogía fáctica”, queriendo decir con ello que las hipótesis que fundan la decisión en un caso deben ser las mismas en otro, para que a éste se aplique el precedente sentado (cf. AC 004/2005-ECA, 16 de febrero). No se debe, pues, confundir la analogía a la que hacía mención el Tribunal con la analogía como procedimiento de integración del derecho ante la insuficiencia de legislación expresa, pues ésta importa el análisis de dos situaciones de hecho, a efectos de argumentar una semejanza suficiente como para que se justifique la aplicación, al caso no reglado, de la solución prevista expresamente por el ordenamiento para el caso reglado (cf. STC 221/2004-RAC, 12 de febrero).

²⁸ LLEWELLYN, Karl; *The Bramble Bush* (reimpresión, Nueva York, Oceana/Oxford University Press, 1961), p. 65.

(2) rango supralegal, para los tratados sobre las materias listadas en el artículo 257. II y para los de cualquier materia a los que eventualmente, por solicitud del cinco por ciento de los ciudadanos registrados en el padrón electoral, se les aplique el procedimiento del artículo 259.I: la superioridad de estos tratados se fundaría en las mayores complejidades de su procedimiento de creación, ya que para ellos se exige su aprobación por “referendo popular vinculante previo a [su] ratificación” (artículos 257.II y 259.I), por lo que, al tener una forma más difícil, es aceptable al pensamiento jurídico que se les reconozca mayor jerarquía que a los tratados que siguen la ratificación legislativa ordinaria (artículo 158.I.14); y (3) rango legal (artículo 257. I), aplicable como criterio residual a todos los demás tratados, que se relacionarían con las leyes por el criterio de temporalidad, pudiendo ser derogados por ellas, sin perjuicio de la consiguiente responsabilidad internacional del Estado en la medida que resultaran incumplidas sus obligaciones internacionales²⁹.

El problema de esta construcción es que reduce el ámbito de aplicación material del artículo 410.II, haciendo que el rango supralegal sea aplicable sólo a los tratados para los que eventualmente se recurra al referendo popular y a los tratados sobre cuestiones limítrofes, porque, salvo éstos, todos los demás listados en el artículo 257.II versan sobre cuestiones de integración, vale decir, sobre materias de jerarquía constitucional, por tratarse de normas de derecho comunitario (bloque de constitucionalidad). En consecuencia, se habría formulado una excepción tan amplia como la regla expuesta en el artículo 410.II.

Otra forma posible de eliminar la antinomia es reconstruir los artículos 257.I y 410.II según el criterio de fuerza jurídica pasiva (capacidad de resistencia de una norma frente a otras). En esta interpretación, los tratados (todos menos los del bloque de constitucionalidad) tendrían jerarquía formal de ley (artículo 257.I), pero, a pesar de su rango de ley, otras normas con el mismo rango no podrían derogarlos, en virtud a su aplicación preferente sobre ellas, donde habría que asumir que tal preferencia se debe a su mayor fuerza jurídica pasiva; es decir, que las otras normas del mismo rango serían incapaces de incidir en los tratados, porque al comportar su formación el concurso de voluntades de dos o más Estados, obedecen a un proceso de producción más complejo.

La ventaja de esta interpretación es que el criterio de temporalidad no se aplicaría a las relaciones entre los tratados y las demás normas con rango de ley, con beneficio del cumplimiento de las obligaciones internacionales. Además, el recurso al concepto de fuerza jurídica pasiva permite eliminar la antinomia entre los artículos en pugna sin desmedro de su ámbito de aplicación material.

²⁹ Que una ley derogue a un tratado no significa la terminación de éste, pues su terminación, así como su formación, es una cuestión de derecho internacional, no de derecho interno. Esta derogación sólo supone su inaplicabilidad en el ámbito interno y, por tanto, en la medida que su inaplicación suponga incumplimiento de sus términos, acarrea la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de los mismos, causado por un acto propio, a saber, la promulgación de la ley derogante del tratado.

2. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena

El artículo 410.II.3 de la Constitución presenta en el mismo nivel estructural del sistema jurídico a “las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena”, “de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales” (artículo 410.II). Esta descripción es suficiente respecto a las relaciones formales entre leyes nacionales, estatutos autonómicos y cartas orgánicas, pero no respecto a las relaciones de las leyes entre sí, ni a las del resto de la legislación departamental, municipal e indígena con referencia a los estatutos autonómicos, cartas orgánicas y leyes nacionales.

Lo cierto es que las relaciones formales entre estas fuentes producen una estructura de tres niveles jerárquicos: (1) por su fuerza jurídica, las leyes que deben ser aprobadas por dos tercios de votos son superiores a las leyes ordinarias y a los estatutos autonómicos y las cartas orgánicas; (2) en un nivel intermedio están las leyes para cuya aprobación basta la mayoría absoluta, los estatutos autonómicos y las cartas orgánicas, cuyas relaciones mutuas se rigen por la competencia constitucional atribuida a sus respectivos órganos productores; y (3) las demás normas departamentales, municipales e indígenas están subordinadas a sus respectivos estatutos autonómicos y cartas orgánicas, en la medida que constituyen las normas supremas de los subsistemas descentralizados y autonómicos, y, en consecuencia, las fuentes que les proveen de validez³⁰.

En cuanto al primer nivel, el procedimiento de formación de las leyes exige que sean aprobadas por mayoría absoluta (artículo 163), excepto las que deben aprobarse por dos tercios. Integran esta excepción las leyes expresas levantando la prohibición de asentamiento de extranjeros en la zona de seguridad fronteriza³¹ (artículo 262.I), la Ley Marco de Autonomías y Descentralización (artículo 271.II) y la Ley de Reforma Constitucional (artículo 41 I.II). La última no será tratada aquí, pues no es una fuente por sí misma, sino parte de un procedimiento para la reforma parcial de otra fuente, a saber, la Constitución.

³⁰ Un sistema jurídico puede estar compuesto por distintos subsistemas. Esto es lo que ocurre con los subsistemas estadales en relación al sistema federal, con los subsistemas autónomos y descentralizados en relación al sistema nacional, o con los subsistemas nacionales con relación a los sistemas supranacionales de integración o a las normas de derecho internacional. Esta pluralidad de subsistemas forma una unidad sistémica cuando la validez de sus respectivas normas fundacionales es reconducible a una única norma, porque en términos de unidad la pluralidad de subsistemas sólo es cognoscible desde una perspectiva monista. Esto es, a partir del “requerimiento epistemológico de que todo el derecho sea considerado en un solo sistema”, porque el conocimiento jurídico tiene la tarea de presentar su objeto de estudio (el material jurídico) como una unidad (KELSEN, Hans; *Introduction to the Problems of Legal Theory*, 1ª reimpresión, Nueva York, Clarendon Press, 2002, p. 111). En términos de ciencia jurídica, así es como conceptualmente debe leerse el pluralismo jurídico al que se refiere la Constitución (artículo 1).

³¹ Esta prohibición ingresó a la Constitución en las reformas de 1938, aunque recién ahora se exige una votación calificada para su levantamiento.

Pues bien, (1) en su relación con las leyes aprobadas por mayoría absoluta (leyes ordinarias), las leyes aprobadas por dos tercios tienen mayor fuerza jurídica, la misma que deriva de la mayor complejidad que la Constitución exige para su producción, y de ahí que el criterio de temporalidad no se aplique a sus relaciones con las leyes ordinarias; (2) el efecto de la mayor fuerza jurídica alcanza sólo a las materias para las que la Constitución exige aprobación por dos tercios, de manera que inclusive dentro de la misma ley (expresa o Marco) pueden haber disposiciones que, votadas por dos tercios, no tengan mayor fuerza que las leyes ordinarias, si no constituyen materia que debe ser legislada por dos tercios; (3) el hecho que la Constitución delimite el ámbito de legislación propio de cada ley aprobada por dos tercios (artículos 262.I y 271.I), supone la unidad de materia en su tratamiento; así, la ley expresa del artículo 262.I no puede legislar materias de la Ley Marco del artículo 271.II, y viceversa, porque violarían las disposiciones constitucionales que delimitan el ámbito de legislación propio de cada forma; deriva de esto que entre ambas no se aplica el criterio de temporalidad; (4) una ley ordinaria que legislase materias sujetas al procedimiento de dos tercios sería inconstitucional, por violar las disposiciones de reserva de tal procedimiento (artículos 262.I y 271); (5) la relación de la ley expresa del artículo 262.I con los estatutos autonómicos y las cartas orgánicas se define por la competencia material de sus órganos productores y la unidad de materia en su tratamiento; así, sin importar su mayor jerarquía, por la ley expresa la Asamblea Legislativa Plurinacional no puede legislar lo que es materia de los órganos deliberativos territoriales (artículo 275); y (6) en su relación con los estatutos autonómicos y las cartas orgánicas, la Ley Marco condiciona su validez, en la medida que regula el procedimiento para su formación y operatividad (artículo 271.I), pero su capacidad normativa está limitada por la competencia material que la Constitución atribuye a las entidades territoriales descentralizadas y autónomas.

Respecto a las leyes que requieren votación calificada, habría sido útil incorporar al sistema jurídico boliviano las leyes orgánicas y estatutarias, ya que, por su propia materia (las primeras referidas a la organización de los poderes públicos y las segundas a los códigos), estas leyes debieran ser invulnerables a las modificaciones incidentales del legislador ordinario³².

Respecto a las leyes ordinarias, los estatutos autonómicos y las cartas orgánicas (nivel intermedio), la relación entre estas formas normativas se define por la competencia material atribuida por la Constitución a sus respectivos órganos productores, con lo que carece de relevancia el criterio de temporalidad. Por tanto, el acto normativo producido por fuente incompetente será inconstitucional por violar

³² Las leyes que en Bolivia reciben la denominación de orgánicas, como en su momento la antigua Ley Orgánica de Municipalidades (Ley 696 de 10 de enero de 1985) o actualmente la Ley Orgánica del Ministerio Público (Ley 2175 de 13 de febrero de 2001), sólo dan cuenta de su objeto de regulación (un órgano público), pero no dicen nada respecto a su fuerza jurídica, pues todas ellas son por igual leyes ordinarias, con lo que lo de "orgánicas" termina siendo un puro nombre, pero no un efecto jurídico atribuido por la Constitución a una forma específica de fuente legislativa.

la distribución constitucional de materias entre los distintos órganos legislativos. De manera que, siendo cierto que sólo las leyes rigen para todo el territorio nacional (artículo 145), también lo es que sólo son válidas si legislan materias de competencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional. En este sentido, la organización institucional de las entidades territoriales descentralizadas y autónomas queda excluida del ámbito de las leyes, por cuanto es la Constitución la que dispone que tal competencia normativa corresponda a los órganos deliberativos de las entidades territoriales (artículo 275). Del mismo modo, los estatutos autonómicos y las cartas orgánicas no son fuentes competentes para legislar sobre las materias listadas en el artículo 298.I de la Constitución, porque son competencias privativas del nivel central de gobierno, por tanto, materia de ley.

Respecto al “resto de la legislación departamental, municipal e indígena”, (1) tal legislación no está al mismo nivel que sus respectivos estatutos autonómicos y cartas orgánicas, porque estos instrumentos son las normas supremas de los distintos subsistemas normativos descentralizados y autónomos, por lo que las normas que producen los órganos de dichos subsistemas le son inferiores, ya que de ellos derivan su validez; (2) por pertenecer a subsistemas normativos distintos (el “resto de la legislación departamental, municipal e indígena” pertenece a los subsistemas descentralizados y autónomos, y las leyes al subsistema central), entre la legislación descentralizada y autónoma y la legislación central no se producen relaciones formales de jerarquía, temporalidad ni especialidad; (3) los conflictos entre la “legislación departamental, municipal e indígena” dicen relación con las respectivas competencias que constitucionalmente han sido atribuidas a sus órganos productores, resolviéndose con la inconstitucionalidad del acto *ultra vires*, sea que el vicio se sustancie como un conflicto de competencias entre los órganos productores (artículo 202.3) o como un conflicto normativo por violación de la distribución constitucional de competencias (artículo 202.1); y (4) la legislación departamental, municipal e indígena de cada uno de los distintos subsistemas descentralizados y autónomos, se aplica en sus respectivos ámbitos territoriales, por lo que es un imposible lógico-normativo que entre normas de subsistemas distintos se produzcan antinomias.

3. El derecho consuetudinario: el derecho indígena originario campesino

La Constitución dice del derecho indígena originario campesino que es un “vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino” (artículo 191.I). Este derecho es de fuente consuetudinaria, pues lo de “vínculo particular” dice de la convicción de obligatoriedad jurídica (*opinio iuris*) que acompaña a determinada práctica (*consuetudo*), haciendo que la conducta contraria se considere ilícita entre los miembros de la comunidad que

la comparte, y donde se considera nación o pueblo indígena originario campesino a “toda colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española” (artículo 30.I). Esta fuente de producción normativa es, por tanto, una forma jurídica propia de los subsistemas normativos indígena originario campesinos (autonomías indígenas), cuya capacidad normativa deriva de la distribución constitucional de competencias entre los distintos subsistemas (central, y autónomos y descentralizados), y de donde resulta que la regulación consuetudinaria únicamente puede tener por objeto las materias atribuidas a los subsistemas indígena originario campesinos en sus respectivos estatutos autonómicos, por cuanto aún cuando la existencia de estos pueblos sea “anterior a la invasión colonial española”, lo cierto es que su anterioridad histórico-cronológica (su existencia prerrepública) no es igual a la anterioridad lógico-normativa de la Constitución (su primacía sobre el derecho indígena originario campesino)³³.

En el derecho interno la costumbre como forma de producción del derecho decayó a la par que el Estado moderno se consolidaba. Éste se construyó a partir de la noción de soberanía, entendida como poder absoluto y perpetuo y cuyo ejercicio se traduce en la facultad de dictar leyes, contra las que no pueden primar las leyes de otros Estados ni las costumbres de sus súbditos³⁴. De esta manera, el

³³ No debe confundirse la realidad histórica con la realidad normativa. Si se trata de la distribución de competencias entre distintos subsistemas, el dato determinante son las normas que hacen tal distribución, las mismas que sólo pueden ser superiores a los subsistemas, porque de lo contrario no podría explicarse la unidad del sistema jurídico. Piénsese, por ejemplo, en el hecho que Connecticut fue la primera colonia inglesa en América en tener una Constitución (“*Fundamental Orders*”), que data de 1639, pero que, al formar parte de la federación estadounidense, su anterioridad histórica quedó sometida a la anterioridad normativa de la Constitución federal, promulgada más de un siglo después (1787). Lo mismo respecto de los cantones suizos, donde la existencia independiente de algunos de ellos va tan atrás como hasta 1291, cuando suscribieron una “Carta de la Alianza” para luchar contra el Sacro Imperio Romano Germánico. Pues bien, entrada en vigor la Constitución federal suiza de 1848, la anterioridad histórica de los sistemas cantonales se sometió a la anterioridad normativa de la norma que los unifica, convirtiéndose en subsistemas del sistema federal. Lo mismo ha ocurrido en el proceso de unificación de los países europeos tal como hoy los conocemos, y lo mismo es lo que ha venido ocurriendo con el progresivo proceso de centralización de la Unión Europea, que en la medida que más se centraliza, más condiciona los sistemas de sus Estados miembros, con mucho que sus miembros preexistan a la Unión. De estos ejemplos, el punto que queda es este: cuando sistemas jurídicos preexistentes (anterioridad histórico-cronológica) pasan a formar parte de un sistema mayor, su validez se subordina a las normas de éste (anterioridad lógico-normativa), lo mismo que la norma anterior se subordina a la norma posterior superior (como el Código Civil de 1975 lo hace respecto a la Constitución de 2009).

³⁴ La soberanía es un concepto histórico: “El concepto de soberanía es tan reciente como el Estado moderno. De hecho, aparece a causa de las circunstancias contra las que el Estado moderno en germinación debió enfrentarse para llegar a constituirse como tal. En sus orígenes, el Estado moderno fue atacado simultánea y constantemente por dos flancos: desde arriba por la Iglesia y el Imperio Romano, y desde abajo por los señores feudales y las corporaciones. Mientras que la Iglesia quería poner al Estado a su servicio y someterlo a su poder, el Imperio Romano pretendía no reconocerle valor superior al que había reconocido a sus provincias desde las épocas de la *Lex Julia Municipalis*. Por su parte, los señores feudales y las corporaciones se concebían como poderes independientes y enfrentados al Estado. De hecho, el pueblo estaba sometido primero a los barones y sólo indirectamente al rey. En el sistema feudal el pueblo prestaba fidelidad a sus señores, los barones, y cuando necesitaban acudir en justicia, acudían a los tribunales de sus señores. Los señores feudales tenían, en efecto, razones suficientes para considerarse enfrentados al Estado, puesto que sus poderes y derechos de carácter público eran los que corresponderían al Estado que terminaría por imponerse, reclamando para sí los poderes de *imperium* ejercidos por los señores. Es en medio de estas circunstancias que surge el concepto de soberanía. En el mundo antiguo no había nada que se opusiera al poder del Estado como los poderes que se opusieron al Estado moderno. Por ello que entonces no hubiera necesidad de un concepto como el de soberanía. En el caso de Roma, no había motivo para comparar el poder del Estado romano con un poder superior, igual o siquiera próximo al suyo. Por eso que los romanos no se vieran impelidos a elaborar el concepto de soberanía.

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, en el entendimiento de que la unidad política no era alcanzable al margen de la unidad jurídica, concibieron para la costumbre un papel enteramente secundario, asignando la primacía al derecho de fuente estatal³⁵. Así se explica que la costumbre haya perdido protagonismo como fuente de producción normativa, y así se llega a que en el derecho nacional las relaciones entre fuentes se resuelvan por la primacía del derecho de fuente estatal, importando la costumbre sólo en tanto el derecho del Estado la confirme o remita a ella (costumbre *secundum legem*)³⁶ o en tanto regule cuestiones no contempladas en la ley (costumbre *praeter legem*), en cuyo caso su existencia se funda en su propia eficacia y su aplicación subsidiaria haya justificación en la integridad del sistema jurídico.

Las expresiones *maiestas*, *potestas* e *imperium*, decían de la potencia y la fuerza del pueblo romano, su poder civil y militar, pero no indicaban nada del contenido y las limitaciones del Estado ni de la independencia de Roma respecto de los poderes extranjeros. El concepto de soberanía se debe a particulares circunstancias históricas. La soberanía es, pues, una categoría histórica (Jellinek). Aún durante la Edad Media la doctrina oficial dominante consideraba a todos los Estados cristianos como subordinados de derecho al Imperio Romano. Pero esta doctrina tuvo que adaptarse. El derecho a la independencia de los príncipes y las ciudades, como ocurrió con Florencia y Pisa, tuvo una marcada influencia privatista, propia de la época. El emperador concedía la independencia en virtud de la prescripción por posesión inmemorial. La independencia no se consideraba como propia de la naturaleza del Estado, sino como consecuencia de un título jurídico revocable. Pero la idea de soberanía no es fruto de esta doctrina oficial ni de los esfuerzos del Imperio por adecuarse a los nuevos tiempos sin perder su poder imperial. El concepto de soberanía es propiamente francés. Es Francia que le da su carácter absoluto. Pero no debe olvidarse que la soberanía es una categoría histórica y que, como tal, debe entenderse conforme a las circunstancias que provocaron su nacimiento. El Estado moderno debía afirmarse como poder absoluto, y eso significaba que debía liberarse del poder de la Iglesia y del Imperio Romano, y someter bajo su autoridad a los señores feudales y las corporaciones. Entendido en su momento histórico, el poder absoluto del Estado es un poder relativo. Desconoce la autoridad de cualquier poder político distinto al suyo, pero no niega su existencia. Los reclamos son por la independencia, y es eso lo que quiere decir "poder absoluto libre de toda ley sobre ciudadanos y súbditos" (Bodin). Es por eso que la solución clásica al problema de la soberanía tiene el mérito de ser una solución histórica. Presenta la soberanía con el sentido que quiso imprimirla al erigirla en concepto político. La presenta tal y cual fue su origen en el siglo XVI: la absoluta independencia del Estado respecto de los poderes extranjeros —Iglesia e Imperio Romano— y su absoluta superioridad respecto de sus súbditos —señores feudales y corporaciones. La soberanía es, por tanto, un concepto negativo, pues no expresa lo que es, sino lo que no es: no es dependencia ni es sumisión" (ANDALUZ, Horacio; *Positivismo normativo y Derecho Internacional*, 1ª edición, La Paz, Plural, 2005, pp. 52-54).

³⁵ Para los teóricos absolutistas, 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). En el mismo sentido: "cuando el uso prolongado obtiene la autoridad de una ley, no es la extensión del tiempo lo que determina su autoridad, sino la voluntad del soberano expresada mediante su silencio" (HOBBS, Thomas; *Leviathan*, 1ª edición, Nueva York, Penguin, 1968, p. 348). El triunfo de las revoluciones liberales no cambió la visión respecto de la costumbre: las tesis liberales coinciden con las absolutistas en la defensa del monopolio legal de la producción jurídica, porque, por un lado, la ilustración ve en la costumbre los prejuicios e ignorancia de los siglos anteriores que deben ser barridos por la razón, cuya expresión es la ley, y, por otro lado, la ley permite certeza y regulación uniforme, versus la inseguridad sobre el conocimiento del derecho vigente que acarrea la costumbre y la desigualdad en las relaciones jurídicas que produce, fruto de ser una técnica de regulación descentralizada aplicada en sociedades fragmentadas (estamentos, gremios).

³⁶ A manera de ejemplo, los casos en los que el derecho de fuente estatal confirma o reenvía a la costumbre 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" (artículo 460 del Código Civil), "según los usos" (artículo 520 del Código Civil), o "sujetándose a los usos" (artículo 1142 del Código Civil). También puede ocurrir que el derecho legislado utilice expresiones que remiten a prácticas sociales, tales como "comportarse como un buen padre de familia".

En el caso del derecho indígena originario campesino, se trata de una costumbre *secundum legem*: existe como fuente productora de derecho en los distintos subsistemas normativos autónomos indígena originario campesinos en la medida que la Constitución remite a él (artículos 30.II.14, 190.I y 191.I), por lo que es válido siempre que no sea contrario a los derechos y garantías constitucionales (artículo 190.II) y se desarrolle dentro de las competencias atribuidas por la Constitución a estos subsistemas (artículo 304). Es, por tanto, una fuente subordinada a la Constitución y cuya existencia es válida en los términos normados por ella. En este sentido, la Constitución se ha apegado a la naturaleza jurídica de la costumbre, reglando en consecuencia. Por ello que disponga que el derecho indígena originario campesino sea de base personal (artículo 191.II.1), pues al ser la costumbre una técnica de producción normativa descentralizada, su ámbito de aplicación no puede ser más que personal, desde que la práctica consuetudinaria no obliga a quienes no han participado en su formación. Así, lo que la Constitución llama vigencia territorial debe tomarse como ámbito espacial de aplicación de la costumbre a los miembros de una nación o un pueblo indígena originario campesino (base personal), y ese espacio es el respectivo territorio autónomo, en que sus autoridades tradicionales están habilitadas por la Constitución para ejercer funciones jurisdiccionales, conforme se desprende del artículo 191.II.3 (“esta jurisdicción se aplica” “dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino”).

En lo que respecta a las relaciones del derecho indígena originario campesino con las normas de fuente formal, éstas son (1) de subordinación a la Constitución, a los respectivos estatutos de autonomías indígenas y a la Ley de Deslinde Jurisdiccional, pues la costumbre existe por la remisión de la Constitución en los términos que deberá legislar la Ley de Deslinde Jurisdiccional (artículo 191.II.2)³⁷, a saber, en consecuencia con la cosmovisión indígena originaria campesina (artículo 30.II.14), en cuanto no implique irrespeto a los derechos y garantías constitucionales (artículo 190.II) ni rebasar las materias atribuidas a los subsistemas indígena originario campesinos, lo que, a su vez, conlleva la subordinación a sus respectivos estatutos autónomos (artículo 304); y (2) con relación a las fuentes formales de los otros subsistemas normativos, no se aplican los criterios de jerarquía, temporalidad ni especialidad, por cuanto la costumbre pertenece a un subsistema normativo autónomo, por lo que su relación con las demás fuentes pasa por la competencia constitucional de este subsistema, haciendo que la costumbre rija respecto de los miembros de los pueblos

³⁷ El texto de la Constitución remite a la Ley de Deslinde Jurisdiccional la determinación del ámbito material de regulación consuetudinaria (artículo 191.II.2). Su propio nombre indica que el objeto de la Ley de Deslinde Jurisdiccional es delimitar el ámbito propio de la jurisdicción indígena originaria campesina en sus relaciones con las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y constitucional, y eso pasa por definir las materias objeto de regulación consuetudinaria, en cuya aplicación se ejercerá la jurisdicción. En esta tarea la Ley de Deslinde Jurisdiccional no procede *ad libitum*, sino en el marco de las competencias atribuibles a los subsistemas indígena originario campesinos (artículo 304), no hacerlo así supondría violar la distribución constitucional de competencias.

indígena originaria campesinos en sus respectivos territorios y dentro del ámbito material de aplicación de sus respectivos estatutos autonómicos.

Lo dicho significa (1) que las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina son recurribles en la jurisdicción constitucional, en la medida que sean violatorias de los derechos garantizados por la Constitución, porque éstos son el límite a la obligación de “toda autoridad pública o persona [de acatar] las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina” (artículo 192.I); (2) que el ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina puede ser contestado por las jurisdicciones ordinaria y agroambiental, en cuyo caso es el Tribunal Constitucional Plurinacional el que decide el asunto (artículo 202.I.1); y (3) que si lo que está en controversia es la efectiva existencia de una determinada práctica consuetudinaria (precondición para el ejercicio de la jurisdicción), la misma deberá probarse³⁸, pues, por su propia naturaleza, la regla *iura novit curia* no corre respecto a la costumbre.

4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes

El artículo 410.II.4 de la Constitución se refiere a la vez a las normas (decretos, resoluciones) producidas por los órganos ejecutivos (centrales y descentralizados o autónomos), y al ejercicio de la potestad reglamentaria (reglamentos) que les corresponde. Este artículo debe leerse según la competencia material de los distintos órganos productores, por ser el criterio utilizado por la Constitución para estructurar las fuentes a este nivel. Así, las relaciones entre normas de fuente central y de fuente descentralizada y autónoma no se rigen por los criterios de jerarquía, temporalidad ni especialidad (inaplicables entre normas de distintos subsistemas), sino por el criterio de competencia. Esto implica la invalidez del acto normativo producido por un órgano fuera de su marco competencial.

En relación al órgano ejecutivo central, desde 1826 el texto de la Constitución amarró la potestad reglamentaria a la potestad ejecutiva, lo que hizo que desde su redacción la competencia formal del órgano ejecutivo para producir derecho se presentase siempre expresamente circunscrita a las leyes³⁹. Hoy la Constitución ha

³⁸ Al estar formada por hechos, las reglas consuetudinarias son objeto de prueba, pues de otro modo no puede verificarse su existencia más allá del alegato de la parte que la invoca. Así es en el derecho internacional, en que la carencia de órganos productores centralizados hace que la costumbre tenga el protagonismo que otrora lo tuvo en el derecho interno: “[en] las reglas consuetudinarias la existencia de la *opinio iuris* de los Estados 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 concebidas *a priori*” (*Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine, Canadá/Estados Unidos, ICJ Reports-CJ Recueil, 1984, p. 284*). También los derechos estatales exigen la prueba de la costumbre. Dice el Código Civil de España: “La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada” (artículo 1.3).

³⁹ Decía el texto de 1826: “[es 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). El texto vigente hasta 2009 decía: “[es atribución del Presidente de la República ejecutar y hacer cumplir las leyes, expidiendo los

roto con esa redacción, presentando tal competencia en un texto separado, que dice que el órgano ejecutivo produce derecho en la forma de decretos supremos y resoluciones (artículo 172.8). El hecho es que aunque la redacción ha cambiado, la norma no lo ha hecho: la competencia formal del órgano ejecutivo para producir derecho requiere de habilitación legislativa previa para su ejercicio (regla general), salvo cuando la ejerza en cumplimiento de competencias directamente atribuidas por la Constitución.

Para comenzar por la excepción, en un Estado de Derecho la actuación de los poderes públicos es lícita cuando va precedida de una norma habilitante de competencia. Así, el sometimiento a la Constitución significa que los poderes públicos actúan sólo en virtud de competencias expresas o de poderes implícitos. Poderes implícitos son los ejercidos como medios constitucionalmente lícitos para el cumplimiento de competencias expresas. Tanto competencias expresas como poderes implícitos están limitados por la reserva de competencias a favor de otros órganos del poder público y por la prohibición de alterar los principios, derechos y garantías constitucionales⁴⁰. Llevado esto a la competencia normativa del órgano ejecutivo, resulta que la Constitución no ha alterado la herencia republicana en la materia, pues innovar en este campo habría supuesto distribuir las materias a legislarse entre

decretos y órdenes convenientes, sin definir privativamente derechos, alterar los definidos por Ley ni contrarias sus disposiciones, guardando las restricciones consignadas en esta Constitución” (artículo 96.1). Con el lenguaje propio de la dogmática de la época, el texto de 1861 definía muy bien el objeto de la capacidad normativa del Poder Ejecutivo: “[es su atribución] expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias” (artículo 54.2).

⁴⁰ Limitarse a afirmar que el principio de legalidad se satisface con la actuación conforme al derecho por parte de los órganos públicos es redundante y peligroso para la libertad democrática: redundante porque la prohibición de actuación contraria a normas es consecuencia de la propia existencia de éstas, por lo que la prohibición de actuación antijurídica es esencial a la existencia de un sistema de derecho; y peligroso para la libertad democrática porque puede prestarse a una lectura abusiva de la cláusula general excluyente (todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido, artículo 14.IV de la Constitución), que extienda impropiamente su ámbito de validez personal a los poderes públicos, pasando por alto, primero, que la cláusula está inserta en el título correspondiente a las garantías de la persona, lo que siembra la presunción a favor de su aplicabilidad a la persona y no a los poderes públicos y, segundo, que aún cuando no estuviese inserta en dicho título, el resultado sería el mismo (aplicable a la persona y no a los poderes públicos), por cuanto lo contrario supondría hacer de la Constitución una norma superflua, ya que el objeto de la Constitución no es dejar en la orfandad al ciudadano administrado ante los poderes públicos de los que él mismo es fuente, sino instituir un gobierno limitado por el derecho, lo cual sería una meta de suyo imposible si al Estado le estaría permitido todo lo que no está prohibido. Por eso el énfasis en las competencias expresas: “la autoridad administrativa no solamente debe abstenerse de actuar *contra legem*, sino que además está obligada a actuar solamente *secundum legem*, o sea en virtud de habilitaciones legales”, (CARRÉ DE MALBERG, R.; *Teoría general del Estado*, reimpresión, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 449). Respecto a los poderes implícitos, un buen antecedente de derecho comparado es la sentencia de Marshall en *McCulloch c. Maryland* (1819): “déjese que el fin sea legítimo, que esté dentro del ámbito de la Constitución, y todos los medios que le sean apropiados, que se adecuen plenamente a ese fin y que no estén prohibidos, sino que coincidan con la letra y espíritu de la Constitución, son constitucionales” (17 U.S., 4Wheat, 316). En el derecho internacional la doctrina de los poderes implícitos también ha sido reconocida judicialmente en el asunto *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas (ICJ Reports-CJ Recueil, 1949)*, al declararse el derecho de las Naciones Unidas a reclamar la reparación por la muerte de su mediador en la guerra árabe israelí de 1948, Bernadotte. En el derecho boliviano el antiguo Tribunal Constitucional dijo que la competencia era conferida expresa o en “forma razonablemente implícita” por la Constitución y las leyes (STC 054/01-RDN, 16 de julio), donde lo reprochable es que no definir lo “razonablemente implícito” puede leerse como invitación al abuso de las competencias expresas, por ello que en el texto principal se haya querido recordar que si hay poderes implícitos los mismos (1) se conciben como medios constitucionalmente válidos (lícitos) para el cumplimiento de competencias expresas; y (2) están limitados por la reserva material de competencias a favor de otros órganos del poder público y por la prohibición de alterar los principios, derechos y garantías constitucionales.

el órgano ejecutivo y el órgano legislativo, lo que ciertamente no ha ocurrido. De manera que en el orden constitucional vigente la ley sigue gozando de una reserva formal que, por su posición jerárquica a correlato con la naturaleza y la finalidad del órgano que la genera y la legitimidad que su conformación traduce, hace que sólo la ley pueda regular todo lo que la Constitución no ha atribuido a otros órganos⁴¹. De ahí que el órgano ejecutivo no tenga poderes legislativos generales, y que por atribución directa de la Constitución su competencia para producir derecho le venga constitucionalmente limitada a determinados actos administrativos individualizados (designaciones y nombramientos, etc.) o al dictado de ciertas normas generales cuya materia está fuertemente regulada por la Constitución, como el estado de excepción (artículo 172.26).

Pasando ahora a la regla general, la necesidad de habilitación legislativa previa para el ejercicio de la capacidad normativa del órgano ejecutivo, se explica por la posición que sus normas ocupan en la estructura del sistema, y que está determinada por su relación con las leyes. La superioridad de las leyes sobre las normas del órgano ejecutivo se funda (1) en la mayor complejidad de su proceso de producción, lo que dota a las leyes de fuerza jurídica superior a los decretos y las resoluciones del órgano ejecutivo (razón de teoría jurídica) y (2) en la mayor legitimidad democrática de su órgano productor (razón de teoría política). Pues bien, si a la superioridad de la ley se suma que el órgano ejecutivo carece de poderes legislativos generales, lo evidente es que como regla tal órgano no puede ejercer más que la competencia normativa que previamente le haya sido habilitada por ley. La habilitación es expresa cuando las leyes disponen que deba reglamentarlas, e implícita cuando, no habiendo tal mandato reglamentario expreso, el ejecutivo necesite reglamentarlas para su mejor cumplimiento (artículo 172.1). En este último caso, la reglamentación es el medio constitucionalmente válido (poder implícito) para el ejercicio de la potestad ejecutiva (competencia expresa). Fuera de los casos dichos, adelantarse a la ley supondría que el órgano ejecutivo se atribuyese los poderes legislativos generales de los que carece⁴².

⁴¹ La idea de reserva formal ("la ley lo puede todo", dentro del límite dicho) pareciera hacer irrelevante el principio de reserva legal, que supone que una materia sólo pueda ser regulada por ley formal, que es el caso, por ejemplo, de los derechos y garantías constitucionales (artículo 109.II) y de los impuestos nacionales (artículo 158.23). Pero eso no es cierto, por cuanto en la organización estatal de legitimidad democrática el objeto del principio de reserva legal consiste en imponer al legislador el deber de regular por sí mismo una materia determinada, lo que conlleva limitar su capacidad para dejar a la potestad reglamentaria la regulación de la materia objeto de reserva (*potestas delegata non potest delegari*: porque la delegación violaría la norma de competencia que estableció la reserva). En cambio, en la organización estatal de legitimidad monárquica, que es donde apareció la formulación original del principio, la reserva de ley suponía limitar la capacidad normativa general del órgano ejecutivo, excluyendo de su competencia determinadas materias, pues como se asumía que el poder del monarca era un derecho propio por su carácter originario (anterior a la constitución), entonces a él le correspondían todas las competencias que la constitución no le había privado (una norma general excluyente a su favor), de ahí que surgiese la técnica de las reservas, como medio para evitar que la regulación de determinados asuntos de directo interés para los súbditos quedase a las anchas del monarca, tales como la propiedad y la libertad.

⁴² En el sentido argumentado, la lacónica redacción del artículo 172.8 es técnicamente suficiente.

En cuanto a los órganos ejecutivos de las entidades territoriales descentralizadas y autónomas, es aplicable, *mutatis mutandis*, lo dicho para el órgano central. Esto supone la inferioridad jurídica de sus normas respecto a las producidas por sus respectivos órganos legislativos, los mismos que carecen de competencia legislativa general, salvo que la norma suprema de los subsistemas descentralizados y autónomos disponga lo contrario.

Por último, cuando el artículo 410.II.4 se refiere a las "demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes", se está refiriendo al resto de normas producidas por estos órganos, cuya regulación la hace el derecho ordinario. A nivel del órgano ejecutivo central, tradicionalmente las "demás resoluciones" se han estructurado en forma jerárquica, atribuyendo mayor fuerza jurídica a las formas de más difícil producción; así prima, por ejemplo, la resolución biministerial sobre la ministerial (artículo 8.I de la Ley 3351 de 21 de febrero de 2006). Desde luego, en sus relaciones mutuas las resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos descentralizados y autónomos, y las emanadas del órgano central, se rigen por la competencia material de sus respectivos órganos productores.

V. CONCLUSIÓN: LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA JURÍDICO BOLIVIANO

Dadas las relaciones entre sus fuentes, son los criterios de jerarquía y de competencia los que determinan la estructura del sistema jurídico boliviano (sistema nacional). Según el criterio de competencia, a partir de su tercer nivel jerárquico el sistema está organizado en subsistemas normativos. Uno de ellos es el subsistema central; los demás los distintos subsistemas descentralizados y autónomos, incluyendo los subsistemas indígena originario campesinos. Dichos subsistemas están en pie de igualdad; sus normas no se derogan recíprocamente, desde que se estructuran según la competencia material de sus distintos órganos productores. Así, la estructura del sistema es la siguiente:

(1) En el sistema nacional la supremacía jerárquica corresponde a la Constitución, según resulte interpretada por el Tribunal Constitucional Plurinacional (carácter vinculante de los precedentes constitucionales). Por Constitución se entiende: su texto formal, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el país y las normas de derecho comunitario (también ratificadas si su naturaleza es convencional o incorporadas según lo establezcan las normas originarias tratándose de derecho comunitario derivado).

(2) Siguiendo con el sistema nacional, subordinadas directamente a la Constitución están: (a) las leyes aprobadas por dos tercios (las leyes expresas que levanten la prohibición de asentamiento de extranjeros en la zona de seguridad fronteriza y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización); y (b) los tratados sobre cuestiones

límites y aquellos de cualquier materia (menos los que corresponden al bloque de constitucionalidad) que eventualmente hayan sido aprobados por referendo popular; si es que se toma la primera interpretación propuesta (rango supralegal para los tratados aprobados por referendo popular vinculante).

(3) En un tercer nivel nacional, también subordinadas directamente a la Constitución por razón de la competencia material de sus respectivos órganos productores, estarían: (a) las leyes ordinarias, subordinadas además a las leyes aprobadas por dos tercios; (b) los estatutos autonómicos y las cartas orgánicas, subordinados también a la Ley Marco pero no a las leyes expresas; y (c) los tratados, si es que se toma la segunda interpretación propuesta (rango de ley pero mayor fuerza jurídica pasiva).

(4) A partir del tercer nivel nacional, la estructura del sistema se define sólo en términos de competencia. Comenzando con los subsistemas normativos descentralizados y autónomos, su estructura es la siguiente: (a) la supremacía en cada subsistema la ostentan los respectivos estatutos autonómicos y cartas orgánicas, que pertenecen al tercer nivel del sistema nacional; (b) subordinadas a los estatutos o cartas, según corresponda, están las normas de los órganos legislativos de cada subsistema; y (c) subordinadas a las normas de sus órganos legislativos están las de normas de sus respectivos órganos ejecutivos, salvo cuando éstos ejerzan competencias normativas derivadas directamente de la norma suprema de sus subsistemas. También son subsistemas normativos autónomos los subsistemas indígena originario campesinos, en los cuales se aplica su derecho consuetudinario en las materias reconocidas en sus respectivos estatutos indígenas, en ejecución de la distribución de competencias entre los distintos subsistemas normativos efectuada por la Constitución.

(5) Por último, también subordinadas al tercer nivel del sistema nacional, en el subsistema central siguen las normas del órgano ejecutivo (decretos y resoluciones supremas), que tienen a las leyes como fuente de validez, salvo que se trate del ejercicio de atribuciones constitucionales directas; y de ahí, en los subsiguientes niveles, siguen las demás normas producidas por las distintas reparticiones del órgano ejecutivo central, según la ordenación jerárquica establecida por sus normas de fuente legal.



¿EXISTIÓ EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
EN EL IMPERIO ROMANO?

*DID PRIVATE INTERNATIONAL LAW EXIST
IN THE ROMAN EMPIRE?*

Rev. boliv. de derecho n° 8, julio 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 110-117



Gábor
HAMZA

RESUMEN: Este escrito presenta el debate que tiene lugar entre los estudiosos del Derecho Romano sobre la existencia de Derecho Internacional Privado en Roma. El artículo ofrece pruebas de su posible existencia recurriendo a las fuentes clásicas, como las compilaciones de Ulpiano y Gayo.

PALABRAS CLAVE: Derecho Romano, Derecho Internacional Privado, Imperio Romano.

ABSTRACT: *This piece presents the debate inside Roman law scholars regarding the existence of Private International Law in Rome. The article gives evidence of its possible existence by referring to classical sources, such as the compilations of Ulpian and Gaius.*

KEY WORDS: *Roman Law, Private International Law, Roman Empire.*

SUMARIO: I. Opiniones doctrinales.- 2. Análisis de Fuentes.- 3.- Conclusiones.

I

I. La existencia del Derecho Internacional Privado¹ en el Imperio Romano es uno de los asuntos calificados como “cruz de los intérpretes” No es de sorprender que los romanistas tengan dos puntos de vista sobre este tema. Para unos, en el Derecho Romano —y esta conclusión es por igual aplicable a la generalidad de los ordenamientos de los pueblos mediterráneos de la antigüedad—, el Derecho Internacional Privado, tomado en el sentido moderno de la expresión, no fue conocido.

Este es el punto de partida de Savigny,² Jörs,³ Theodor Kipp,⁴ Jolowicz,⁵ Buckland,⁶ Fritz Schulz,⁷ Schönbauer,⁸ Lübtow,⁹ Schwind¹⁰ y Hans Julius Wolff.¹¹ Los que adhieren esta opinión de rechazo sostienen que en Roma estaban ausentes las condiciones mentales y, más importantes aún, las condiciones políticas para la formulación de un derecho atingente al conflicto de leyes (*conflictus legum*). Aparte del Derecho Romano, nuestro conocimiento del derecho de los pueblos antiguos ha sido, por decir algo, bastante imperfecto desde el principio. Además, la particular estructura

¹ La expresión “Derecho Internacional Privado” fue acuñada por Joseph Story (1779-1845). Story usó esta expresión por primera vez en su obra clásica “Comentarios sobre el conflicto de leyes, extranjeras e internas” (Boston, 1834). En la sección 9 de sus “Comentarios” describió al Derecho Internacional Privado como una parte del derecho público, tal como sigue: “Esta rama del derecho público puede ser convenientemente denominada Derecho Internacional Privado, desde que su aplicación es mayormente vista y sentida en los asuntos comunes de las personas privadas y rara vez alcanza la dignidad de las negociaciones o controversias nacionales”. El término “*conflictus legum*” fue usado primero por Ulrich Huber (1636-1694), quien tituló una parte de su obra “*Praelectiones iuris civilis*” (1687-1690) como “*De conflictu legum diversarum in diversis imperiis.*”

² SAVIGNY, C. F.: *System des heutigen Römischen Rechts*. vol.VIII. Berlin, 1849. p. 29.

³ JÖRS, P.: *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*. vol. I. Berlin, 1888. p. 141.

⁴ KIPP, Th.: *Das Römische Recht*. In: R. S'AMMLER: *Das gesamte deutsche Recht in systematischer Darstellung*. Berlin, 1930. p. 130.

⁵ JOLOWICZ, M. F.: *Historical Introduction to the Study of Roman Law*. 2nd ed. Cambridge, 1952. p. 101.

⁶ BUCKLAND, W.—MCNAIR, A. D.: *Roman Law and Common Law*. 2nd ed. Ed. by LAWSON, F. H.: Cambridge, 1952. p. 25.

⁷ SCHULZ, F.: *Classical Roman Law*. Oxford, 1951. pp. 78.

⁸ SCHÖNBAUER, F.: *Studien zum Personalitätsprinzip im antiken Rechte*. ZSS (Rom. Abt.) 49/1929/ pp. 372 sqq.

⁹ LÜBTOW, U.: *Das römische Volk, sein Staat und sein Recht*. Frankfurt a. M., 1955. p. 491.

¹⁰ SCHWIND, F.: *Internationales Privatrecht and römisches Recht*. Labeo 11/1965/ pp. 311 sqq.

¹¹ WOLFF, H. J.: *Das Problem der Konkurrenz von Rechtsordnungen in der Antike*. Heidelberg, 1979. pp. 7 sqq.

• **Gábor Hamza**

Catedrático de Derecho Romano (Universidad Eötvös Loránd, Budapest), Director del Departamento de Derecho Romano. Publicaciones relevantes: *Desarrollo de la usucapión en la Época Imperial de Roma* (Budapest: 1970); *Representación contractual* (Budapest: 1982); *Derecho Comparado y Antigüedad* (Budapest: 1991); *Filosofía del Estado de Cicerón* (Budapest: 1995); *Historia e instituciones del derecho romano* (con András Földi) (Budapest: 1996); *Derecho comparado y los sistemas de derecho de la Antigüedad* (Budapest: 1998); *El desarrollo del derecho privado en Europa* (Budapest: 2002). Miembro de la Academia de Ciencias Húngara. Presidente de la Sociedad de Historia del Derecho.

político administrativa del Imperio Romano¹² siempre ha excluido la suposición que el derecho de los distintos pueblos estuviese al mismo nivel.¹³

En esta relación también vale la pena mencionar la opinión de Maridakis.¹⁴ Según él, el Derecho Internacional Privado, de nuevo, en el sentido moderno de la expresión, tampoco fue conocido como parte de las relaciones mutuas de las ciudades-Estados griegas. Él llega a esta conclusión analizando una oración de Isócrates, el *Aegineticus*. Quizás, la mejor explicación para esto descansa en el hecho que en el antiguo derecho griego —excluyendo las diferencias esenciales entre el derecho de las diferentes ciudades— había muy pocas posibilidades que permitieran crear normas de conflicto.

2. La postura intelectual que ignora la existencia del Derecho Internacional Privado en la antigüedad descansa fundamentalmente en tres pilares. El primero de ellos presupone el mayor o menor aislamiento entre los pueblos antiguos y sus respectivas normas. Por otro lado, también se enfatiza la falta de las necesarias condiciones políticas. Finalmente, —aunque esto es solo válido para el mundo de las polis griegas— se enfatiza la considerable similitud de las normas jurídicas entre los pueblos antiguos.

3. El número de académicos reconociendo la existencia del Derecho Internacional Privado en la antigüedad clásica es también considerable. Los que se adhieren a esta escuela incluyen, entre otros: G. Beseler,¹⁵ Siber,¹⁶ Volterra,¹⁷ Wesenberg,¹⁸ Triantaphyllopoulos,¹⁹ Kaser,²⁰ Rui-loba Santana,²¹ Lewald²² y Sturm.²³ Estos académicos sostienen que los conflictos de leyes, o los conflictos entre sistemas jurídicos de los pueblos antiguos, pudieron ser conocidos en la antigüedad Greco-Romana. Lewald aborda los problemas de Derecho Internacional Privado con gran detalle, sin restringir sus investigaciones únicamente al campo del Derecho Romano. De acuerdo con sus investigaciones, en el mundo de las ciudades-Estado griegas, en

¹² FABBRINI, F.: *L'impero di Augusto come ordinamento sovranazionale*. Milano, 1974. *passim* y CIMMA, M. R.: *Reges socii et amici populi Romani*. Milano, 1976. *passim*.

¹³ FÖLDI, A.—HAMZA, G.: *A római jog története és institúciói*. (Historia e instituciones del Derecho romano) 13th revised and enlarged ed. Budapest, 2008. pp. 64 sqq.

¹⁴ MARIDAKIS, G. S.: *Isokratous Aiginetikos. Symbole eis tes historian tou idiotikou diethnous dikaiou*. En: *Symikton Streit*. Athenai, 1939. pp. 575 sqq.

¹⁵ BESELER, G.: *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*. IV. Tübingen, 1920. pp. 82 sqq.

¹⁶ SIBER, H.: *Römisches Recht. II. Römisches Privatrecht*. Berlin, 1928. p. 9.

¹⁷ VOLTERRA, E.: *Quelques problèmes concernant le conflit des lois dans l'Antiquité*. En: *Travaux et Conférences*. Université Libre de Bruxelles. Faculté de Droit. vol. III. 1955.

¹⁸ WESENBERG, G.: *Zur Frage eines römischen Internationalen Privatrechts*. *Labeo* 3/1957/ pp. 22 sqq.

¹⁹ TRIANTAPHYLLOPOULOS, J.: *Lex Cicerea Engyetika*. vol. I. Athenai, 1957. pp. 13 sqq.

²⁰ KASER, M.: *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*. 2nd ed. München, 1971. pp. 202 and 214 sqq.

²¹ RUILOBA SANTANA, E.: *Conflicto de leyes y "ius gentium" en el mundo jurídico romano. Visión retrospectiva desde la dogmática permanente de Derecho internacional privado*. En: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeira*. Valencia, 1974. vol. II. pp. 341 sqq.

²² LEWALD, H.: *Gesetzeskollisionen in der griechischen and römischen Welt*. En: *Zur griechischen Rechtsgeschichte*. Hrsg. von E. Berneker. Darmstadt, 1968. pp. 666 sqq.

²³ STURM, F.: *Unerkannte Zeugnisse römischen Kollisionsrechts*. In: *Festschrift Schwind*. Wien, 1978. pp. 323 sqq.; *Idem*: *Gaius I 77 und das römische Kollisionsrecht*. In: *Maior Viginti quinque annis. Essays in Commemoration of the sixth lustrum of the Institute for Legal History of the University of Utrecht*. Assen, 1979. pp. 155 sqq.; *Idem*: *Comment l'antiquité réglait-elle ses conflits de lois?* *Journal du droit international* 106 (1979) pp. 259 sqq. y *Idem*: *A conferito Adriano uno statuto personale speciale agli antinoti?* *Iura* 43 (1992) pp. 83 sqq.

el Egipto de la dinastía de los Ptolomeos y en el Imperio Romano, la necesidad y requerimiento por usar el derecho extranjero se presentaba en una forma muy concreta. Sin embargo, ninguno de estos especialistas en derecho griego y romano analiza las causas que llevan a la formación del Derecho Internacional Privado.

Mientras que los representantes de la postura que rechaza la existencia del Derecho Internacional Privado en la antigüedad enfatizan aquellos factores internacionales que impedían su formación, los partidarios de la postura positiva respecto a su existencia ignoran aquellas precondiciones económicas, sociales y políticas, las mismas que son incuestionablemente importantes.²⁴

II

4. La condición para la creación del Derecho Internacional Privado, de acuerdo con la doctrina prevaleciente en la materia,²⁵ es la formación de un bien desarrollado intercambio comercial de bienes y servicios; esto significa la transferencia de bienes y personas en las relaciones entre Estados, basados, a veces, sobre sistemas de derecho privado enteramente diferentes, pero que reconocen su existencia mutua como derechos en pie de igualdad.²⁶

De acuerdo con lo que suponemos, en la antigüedad Greco-Romana las arriba mencionadas premisas fundamentales para la existencia del Derecho Internacional Privado sí existieron y pueden ser encontradas. La existencia de conexiones político-económicas es, ciertamente, un hecho irrefutable. Por otro lado, existen signos considerables del reconocimiento mutuo en pie de igualdad entre diferentes Estados, en tanto que unidades políticas. Y, finalmente, debido al hecho que el concepto de derecho privado (*ius privatum*) no está exclusivamente conectado con los romanos, la diferente naturaleza de los sistemas de derecho privado de los varios Estados antiguos es también un hecho comprobado. Más adelante, es parte de nuestra tarea investigar algunos asuntos a partir de los cuales —aunque en una forma bastante embrionaria aún— se puede concluir que existió en la antigüedad un Derecho Internacional Privado (normas de conflicto), en el sentido propio de la expresión.

5. La existencia de normas de conflicto en el Derecho Romano puede ser demostrada por más de una fuente.²⁷ Una de las áreas en las que se pueden encontrar normas de conflicto es en el campo de las garantías personales y reales. Particularmente unas pocas fuentes, tomadas del trabajo de Ulpiano titulado “*Fragmenta disputationum*”, proporcionan valiosa información respecto de este

²⁴ BISCARDI, A.: Gai. 3, 134 e il diritto internazionale privato. Studi Senesi 105, 3ª serie 42 (1993) passim.

²⁵ HAMZA, G.: *Comparative Law and Antiquity*. Budapest, 1991. pp. 116 sqq. and 128 sqq. y Idem: *Jogösszehasonlítás és az antik jogrendszer*. (Derecho comparado y ordenamientos jurídicos de la antigüedad) Budapest, 1998. pp. 109 sqq. and 120 sqq.

²⁶ Respecto a los antecedentes antiguos del Derecho Internacional Privado, véase en la reciente literatura jurídica moderna relacionada: KEGEL, G: *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch* 7ª ed. München, 1995. pp. 98 sqq.

²⁷ PLESCIA, J.: *Conflict of Laws in the Roman Empire*. *Labeo* 38 (1992) pp. 30 sqq.

asunto.²⁸ En los fragmentos, editados y comentados luego por Lenel,²⁹ el asunto en controversia es si el titular de una garantía puede acogerse a la *exceptio annalis Italici contractus*, más tarde revocada por Emperador Justiniano I (527-568) y reemplazada por la *exceptio longae possessionis*, conocida en el *Provinzialrecht*, que tomaba en consideración las particularidades locales.³⁰

El asunto era, concretamente, quién estaba autorizado a acogerse a la *exceptio*. Como quedó claro del análisis de Ulpiano (D. 44,3,5,1), no es en ningún momento el pignoratario quien tiene legitimación para demandar. La situación es diferente si la *exceptio* se presenta por el sucesor legal del pignoratario. Debido a la *exceptio*, es posible exceptuar la regla que permite el embargo de un bien pignorado. El problema del conflicto de leyes se presenta solo en lo que se refiere a la duración de la *exceptio*. En Italia, el sucesor legal podía obtener una excepción después de pasado un año (esta es la llamada *exceptio annalis*) y —con base en la *lex Furia*— podía incluso ser exceptuado de la propia garantía.

Ahora, es dudoso saber con base en qué criterio puede ser decidido si la pignoración fue perfeccionada en Italia o en una provincial.

Con base en Ulpiano podemos concluir que el vínculo *lex loci solutionis* — principio del conflicto de leyes— no viene a consideración. El *lex loci actus*, y en el caso de la garantía, la *lex loci sponsoris accepti*, y en el caso de la pignoración la *lex loci pignoris contracti*, se aplicaba en la forma de una *exceptio*, como una excepción a la ejecución. Vale la pena mencionar, también, que si el derecho pignorado era renovado, la regla de conflicto aplicable al caso era el principio *lex loci renovatae pignorationis*. Era, por tanto, por igual decisivo, en la esfera de las garantías reales y personales de las obligaciones, el lugar de constitución en el que la garantía fue perfeccionada primeramente, sea en Italia o en las provincias. También es obvio, por tanto, desde el punto de vista de apelar a la *exceptio*, que el lugar de nacimiento de la obligación principal no es relevante.

6. Con base en los hechos arriba mencionados, puede establecerse que Ulpiano conecta la efectividad de las normas de derecho y sus puntos de origen con particular énfasis. En este sentido, no es el lugar de la obligación principal o aquel de la *lex loci solutionis* el criterio para decidir el asunto, sino el lugar en el que las garantías de la *obligatio* fueron constituidas.

Esta solución, medida según los criterios del moderno Derecho Internacional Privado contemporáneo, supone establecer una norma de conflicto. Resulta, desde

²⁸ Cf. Ulpiani *Fragmenta disputationum* III, 3; III, 4; and III, 6. Cf. brevemente: STURM, F.: *Unerkannte Zeugnisse*. pp. 325 sqq.

²⁹ LENEL, O.: *Weitere Bruchstücke aus Ulpian's disputationen* ZSS (Rom. Abt.) 25/1904/ pp. 368 sqq. y *Idem*: *Zur exceptio annalis Italici contractus*. ZSS (Rom. Abt.) 27/1906/ pp. 71 sqq.

³⁰ La *annalis exceptio* fue anulada por Justiniano, en atención a los varios "*moles alterationum*" Cf. Cj. 7, 40, 1.

luego, asunto distinto el hecho de considerar si, debido a la particular estructura constitucional del Imperio Romano, estas normas fueron de carácter interprovincial o internacional.

7. Debe notarse aquí, como se lo hace en la literatura reciente señalada por Sturm³¹, que como resultado de la concepción del derecho justiniano era, de hecho, en varios aspectos intolerable forzar a cualquier precio la uniformidad del derecho, por lo que es muy probable que muchas normas de naturaleza conflictual hayan sido víctimas de la actividad codificadora de los compiladores del Código de Justiniano (Codex Iustinianus).

8. El *conflictus legum* también juega un papel en el derecho sucesorio, enraizado básicamente en el derecho de las personas. Un texto de las Institutas de Gayo es particularmente revelador en este sentido:³²

“Itaque si civis Romana peregrino, cum quo ei conubium est, nupserit, peregrinus sane procreatur et is iustus patris filius est, tamquam si ex peregrina cum procreasset. Hoc tamen tempore a senatusconsulto quod auctore divo Hadriano sacratissimo factum est, etiamsi non fuerit conubium inter civem Romanam el peregrinum, qui nascitur iustus patris filius est.” (Gai. Inst. I, 77)

Esta fuente contiene dos hechos. En uno de los casos el asunto en debate es que una vecina romana contrae matrimonio con una vecino romano, quien goza del *ius conubii*. El niño nacido de este matrimonio no adquiere la ciudadanía romana, pero es considerado hijo legítimo, como si su madre fuese peregrina. Pero, continúa Gayo, ¿cuál es la situación si el padre peregrino no tuviese *ius conubii*? El Emperador Adriano (127-138) decidió en el sentido que, además de la necesidad del *conubium*, el niño también es legítimo desde el nacimiento en esta hipótesis. Este *senatusconsultum*, originado por el propio Emperador, es algo particular, porque el matrimonio, visto *stricto iure*, es nulo e inválido (no hay matrimonio o es un matrimonio aparente) debido a la falta o inexistencia del *conubium*.³³

9. La novedad en la disposición de Adriano descansa en el hecho que, ignorando completamente el principio de *personalitas* y sin considerar el *ius conubii*, termina considerando válido cualquier matrimonio.

Para Adriano, el grupo étnico al que la pareja en matrimonio perteneciera (no teniendo la ciudadanía romana) y el derecho de cuál pueblo les era aplicable, no es

³¹ STURM, F.: *Unerkannte Zeugnisse*. pp. 327 sqq.

³² The detailed analysis of this source cf. STURM, F.: *Gaius I 77 and das römische Kollisionsrecht*. pp. 155 sqq.

³³ Sobre las razones específicas que motivaron esta política legislativa de ejercicio del poder en Adriano: cf. HÜBNER, H.: *Zur Rechtspolitik Kaiser Hadrians*. En: *Festschrift Seidl*. Köln, 1975. pp. 61 sqq. y JUST, M.: *Rechtspolitische und rechtsphilosophische Grundsätze der kaiserlichen Rechtsfortbildung in der römischen Klassik*. In: *Recht und Staat*. Festschrift Küchenhoff. vol. I. Berlin, 1972. pp. 71 sqq.

cuestión de importancia. El Emperador creó, de esta manera, una forma de derecho supranacional. La *lex originis, ius civitatis* de la esposa no tenía rol alguno.

Es cierto que esta regulación —en lo que se distingue del fragmento de Ulpiano analizado arriba—, fundamentalmente no tiene la naturaleza de una regla conflictual.

Este *senatusconsultum* tiene contenido de normas conflictuales solo en lo que se refiere en dejar fuera de consideración las regulaciones particulares de los muchos derechos locales, que frecuentemente diferían en lo sustancial entre ellos.

Así, se creó una norma uniforme de derecho, que es diametralmente opuesta a las normas del derecho local. Al crear esta regla uniforme, que rompe con el principio de personalidad (*personalitas*), el mismo que llegó a ser tan significativo en la antigüedad Greco-Romana (en cuyos antecedentes político-jurídicos se esconde el fundamento para la existencia de leyes hereditarias que favorecían a los hijos), Adriano hizo innecesarias las reglas de conflicto.



10. No es nuestra tarea aquí analizar la muy compleja problemática referida a todos los aspectos del antiguo Derecho Internacional Privado romano. La intención de estas cortas reflexiones es reenviar a los hechos que pueden o no servir, en principio, como base en el mundo Mediterráneo para la aparición de algún nivel de Derecho Internacional Privado.³⁴ Debe establecerse, con base en las fuentes citadas, que dentro del *Imperium Romanum*, teniendo una heterogénea estructura de derecho público³⁵, se desarrollaron los esbozos de un derecho “interprovincial” privado. Como puede rastrearse en los esfuerzos de los compiladores del Código de Justiniano (*Codex Iustinianus*) para establecer la unidad del derecho, el número de fuentes útiles a nuestra disposición es, desafortunadamente, bastante limitado.

El bien desarrollado intercambio de bienes y servicios, la casi imperturbable simbiosis entre el *ius civile* y los derechos locales vigentes dentro del Imperio Romano —y del cual se originó la heterogénea estructura del derecho—, en algún nivel necesitó de una regulación supranacional, con conflictos a gran escala y, excepcionalmente, sin ningún conflicto. Sin embargo, la carestía de fuentes impide una reconstrucción extensiva, o incluso limitada, de esta regulación en nuestros días.

³⁴ Estamos de acuerdo con Cheshire, quien dice: “El estado de cosas que necesita un sistema de Derecho Internacional Privado, a saber, un número de leyes en conflicto, ciertamente existió en el Imperio Romano, pero los textos no aportan gran luz acerca de la manera en la que el derecho romano resolvió los conflictos”. CHESHIRE, G. C.: *Private International Law*. 6th ed. Oxford, 1961. p. 18.

³⁵ Cf. FABBRINI: *Op. cit. passim*.

KOSOVO, UN AÑO DESPUÉS DE SU
AUTOPROCLAMADA INDEPENDENCIA:

*KOSOVO, A YEAR AFTER OF THE
SELF-PROCLAIMED INDEPENDENCE*

Rev. boliv. de derecho n° 8, julio 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 84 - 118-145



Ana
JIMÉNEZ
MOLINER

RESUMEN: Ha transcurrido un año de la autoproclamada independencia de Kosovo. Las contradicciones políticas y jurídicas que el nacimiento del nuevo Estado generó en la comunidad internacional ya se han digerido (aunque no resuelto) y el debate sobre la legalidad de su independencia espera el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia. Este artículo tiene por objeto analizar la realidad de un Estado Kosovar que se presenta como jurídicamente discutible, socialmente inestable, económicamente inviable e internacionalmente tutelado y financiado. Y junto a esto, las consecuencias que de esta realidad se pueden derivar para la zona y para el propio Kosovo a corto y medio plazo.

PALABRAS CLAVE: Kosovo, derecho de autodeterminación, Balcanes, Antigua Yugoslavia

ABSTRACT: *It has been a year since Kosovo self-proclaimed its independence. The political and legal contradictions that the new State generated in the international community have been assimilated (but not solved) and the debate about the legality of its independence waits for the decision of the International Court of Justice. This article studies the reality of Kosovo as a legally debatable, socially instable, economically unviable and internationally financed and under Trusteeship State. A long with this, are also studied the consequences that from this reality can derive to the zone and to the own Kosovo in the short and long term.*

KEY WORDS: Kosovo, self-determination right, Balkans, Former Yugoslavia.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. GÉNESIS DE UN KOSOVO “INDEPENDIENTE”. 1.1. *La Guerra de Kosovo*. 1.2. *El plan Ahtisaari*. 1.3. *El nacimiento de un nuevo Estado “independiente”*. II. PRESUPOSTOS DE UN KOSOVO INDEPENDIENTE. 2.1. *Ámbito interno: ¿Tiene Kosovo una estabilidad social e institucional?* 2.2. *Ámbito externo: ¿Tiene Kosovo el reconocimiento de la comunidad internacional como Estado?* III. CONSECUENCIAS ESTRUCTURALES DE LA INDEPENDENCIA UNILATERAL: ¿ES KOSOVO UN ESTADO VIABLE? IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

Por unos días, Kosovo ha vuelto a la primera página de la actualidad. Ha transcurrido un año desde que el 17 de febrero de 2008 Europa asistiera al nacimiento de un nuevo Estado en su seno. Y la prensa escrita decidió reconocerle la trascendencia que el acontecimiento merecía. No obstante, los periodistas que se habían dado cita en Pristina (la capital) para cubrir este aniversario, no sumaban ni la décima parte de los que hace un año dieron cuenta de la secesión de esta provincia serbia. Desgraciadamente, la política y la opinión pública se nutren de inmediatez, en un acelerado proceso de consumo de acciones y noticias, que, a menudo, diluyen lo realmente importante de nuestro tiempo. Por otra parte, ya se han digerido (aunque no resuelto) las contradicciones políticas y jurídicas que la autoproclamación de la república independiente de Kosovo generó en la comunidad internacional y hemos comprobado que todo puede suceder, siempre y cuando exista una coyuntura favorable y se cuente con el apoyo de los Estados Unidos.

Las causas que han llevado a la autoproclamada independencia de Kosovo no son difíciles de adivinar: basta con echar un vistazo a las hemerotecas y libros de historia de los últimos 20 años para hacerse una idea clara de la explosiva situación social y política de los Balcanes y de su principal exponente: Kosovo¹. No obstante, una cosa resulta evidente: el “caso Kosovo” supone la enésima confirmación de que en el ámbito internacional, los hechos consumados se impondrán siempre por contundente que resulte el tenor contrario de las resoluciones jurídicas. En efecto, la autoproclamada independencia de Kosovo, en febrero de 2008, generó una gran polémica entre los defensores de la secesión y los que abogaban por la aplicación del Derecho internacional vigente (según el cual Kosovo es una parte integrante de

¹ En todo caso, para forjarse una idea sobre el conflicto de Kosovo, no es conveniente fiarse únicamente de lo que han dicho los medios de comunicación e informativos al respecto. No podemos perder de vista las estrategias que los medios suelen diseñar para influir la cobertura televisada de los conflictos. Vid., entre otros, HUMPHREYS, D., “War on television” (<http://www.museum.tv/archives/etv/W/warontelevisi/warontelevisi.htm>); Carruthers, S., *The Media at War: Communication and Conflict in the Twentieth Century*, Macmillan, New York, 2000; Zehle, S., “Interventionist Media in time of crises, 2004” (http://www.srai.net/journal/04_pdf/04soenke.pdf); YOUNG, C., “The Role of the Media in International Conflict, Canadian Institute for Peace and Security”, working paper n° 38 (<http://www.colorado.edu/conflict/peace/example/youn75000.htm>) Para un análisis concreto del papel de los medios de comunicación en el conflicto de Kosovo, vid., JIMÉNEZ MOLINER, A., “Medios de comunicación y hate speech en las sociedades post-totalitarias”, *Cuadernos constitucionales*, 50/51, Universitat de València, Valencia, 2005.

Serbia sin derecho a independizarse). Su declaración unilateral de independencia ha constituido, pues, un caso paradigmático en el que lo político, lo sentimental y lo fáctico se han impuesto, una vez más, al teórico poder de lo jurídico.

En cualquier caso, no procede extenderse aquí en el debate sobre la legalidad de la independencia de Kosovo, fundamentalmente porque la cuestión ha sido elevada por la Asamblea General de la ONU (a petición de Serbia) ante la *Corte Internacional de Justicia*, y será el pronunciamiento del Alto Tribunal el que, dentro de un par de años, zanjará la polémica jurídica y constituirá la doctrina definitiva al respecto². Sin embargo, sí considero importante analizar las consecuencias que esa declaración de independencia, después de transcurrido un año, ha tenido o puede tener en tres ámbitos de sumo interés: como efecto dominó sobre otras zonas con ansias independentistas (recordemos los episodios secesionistas de Osetia del Sur y Abjasia con respecto a Georgia, del pasado agosto de 2008); en cuanto a las negativas implicaciones que para el Derecho internacional se derivan de un nuevo triunfo de la política de hechos consumados; y en cuanto a las consecuencias internas que para el propio Kosovo y para la zona se derivan del nacimiento de un nuevo Estado. He aquí el objeto principal del presente artículo. Dedicaré una primera parte a analizar brevemente el camino recorrido por Kosovo desde la muerte de Tito en 1980 hasta su autoproclamada independencia, para después analizar la situación actual del nuevo Estado.

Como es sabido, los procesos de independencia (los esfuerzos de un supuesto pueblo por alcanzar su libre determinación) tienen algo de atracción romántica, cuyo efecto se multiplica cuando el que practica la lucha por rechazar al invasor extranjero se presenta ante el mundo como un nuevo David que trata de derrotar al gigante Goliat. Como alguien ha recordado, Kosovo reúne ambas características, a las que se une la limpieza étnica iniciada por Slobodan Milosevic³. Sin embargo, pocos de los simpatizantes románticos y políticos de esta causa se han parado a pensar si la construcción de este nuevo Estado es, además, económica y socialmente viable. De entrada, Kosovo es un territorio actualmente improductivo, que ha vivido en las últimas décadas (y vive hoy) de la ayuda internacional, que suponen casi la mitad de su presupuesto. Resulta, por tanto, desconcertante que todo el argumentario político de la comunidad internacional se haya centrado en justificar soluciones soberanistas e independentistas para esta región, cuando lo realmente necesario

² La Asamblea General de Naciones Unidas el 8 de octubre de 2008 aprobó la resolución A/63/3 [Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia respecto de si la declaración unilateral de independencia de Kosovo se ajusta al derecho internacional] donde se dice: La Asamblea General, Teniendo presentes los propósitos y principios de las Naciones Unidas, (...) Recordando que el 17 de febrero de 2008 las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo declararon su independencia de Serbia, Consciente de que este acto ha sido acogido con reacciones diversas por los Miembros de las Naciones Unidas en lo que respecta a su compatibilidad con el ordenamiento jurídico internacional vigente, Decide, (...) solicitar a la Corte Internacional de Justicia que, (...), emita una opinión consultiva sobre la siguiente cuestión: "¿Se ajusta al Derecho internacional la declaración unilateral de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo?".

³ <http://www.lorem-ipsum.es/blogs/historiaenpresente/?p=6>.

desde hace muchos años es activar un plan serio y comprometido de desarrollo económico. De ahí parten las preguntas esenciales. Más allá del hecho consumado: ¿Puede ser Kosovo un Estado política y socialmente estable? ¿Puede ser un Estado económicamente viable? Intentaremos responderlas a lo largo de estas páginas.

I. GÉNESIS DE UN KOSOVO “INDEPENDIENTE”

Yugoslavia –un Estado que surgió de manera artificial al término de una guerra mundial– poseía las condiciones históricas, culturales y políticas para saltar en pedazos; tan sólo le hacía falta un catalizador que produjese la reacción necesaria. La pasividad estratégica y política que siguió al proceso de desaparición de la Unión Soviética se convirtió en ese catalizador.

La Segunda Guerra Mundial se zanjó en Yugoslavia con una contienda civil, donde se cometieron enormes atrocidades que realimentaron odios seculares y de la que salió como gran vencedor Tito. Éste implantó un régimen socialista heterodoxo y se negó a seguir la pauta estalinista de Moscú, hasta el punto que el miedo de Yugoslavia a una invasión de la Unión Soviética la convirtió en su enemigo convencional durante la Guerra Fría.

La economía, apoyada en un modelo autogestionario (una vía entre el capitalismo y el socialismo), propició una situación económica mejor que en otros países socialistas, a lo que no fue ajena la ayuda occidental. En los ochenta, las cosas cambiaron a peor: impulsada por el autarquismo económico de las repúblicas populares, una aguda recesión económica hizo que los yugoslavos volvieran a los niveles de principios de los setenta y, en algunos casos, como en Macedonia, incluso al de los sesenta. En esta situación, los desequilibrios territoriales se agudizaron⁴ y la muerte de Tito, en mayo de 1980, hacía presagiar los peores augurios.

Como Estado, Yugoslavia se articulaba en torno a seis repúblicas, cinco naciones y dos regiones autónomas, además de cuatro idiomas y tres religiones; todo ello artificialmente unido por una constitución política, aprobada en 1974, llena de originalidades y extravagancias, carente de mecanismos democráticos, que estaba diseñada a la medida de alguien, como Tito, con un carisma excepcional. Por otra parte, sus antecedentes históricos próximos estaban repletos de gravísimos conflictos étnicos. Con todos estos ingredientes no era difícil adivinar que, faltando el dictador carismático y la férrea opresión soviética, la ruptura política de tan heterogéneo

⁴ FOJÓN LAGOA cita como ejemplo el caso de Eslovenia, que, con el 8% de la población, contribuía al presupuesto del Estado con más del 20% y con una renta per cápita en los años setenta de 1200 dólares, mientras que la de la provincia autónoma de Kosovo era de 300. (FOJÓN LAGOA, J.E., “Los conflictos de los Balcanes a finales del siglo XX”, Ponencia presentada al Seminario Lecciones de los conflictos recientes, Instituto de Estudios Estratégicos, Madrid, 14 de noviembre de 2002).

conglomerado resultaría inevitable y que, por supuesto, no se realizaría de manera pacífica.

En efecto, tras la muerte de Tito, Yugoslavia abordó en los años ochenta un proceso de transformación política en el cual los dirigentes, al igual que en otros países de la Europa del Este, buscaron su legitimación en el respaldo popular y la exaltación de lo patriótico. Este proceso, a falta de alternativas democráticas, condujo al resurgimiento de los nacionalismos como alternativa intelectual y política sustitutiva del comunismo oficial. En Serbia, Croacia y Eslovenia, las tesis nacionalistas alcanzaron su mayor auge y agresividad aportando la base necesaria para generar un conflicto secesionista. Una vez desaparecida la Unión Soviética, acercarse a Europa occidental, para gozar de su progreso material y social, se convirtió en una obsesión para todos los países socialistas. Con una peculiaridad: Eslovenia y Croacia (las repúblicas yugoslavas con mayores posibilidades por enclave territorial y mayor homogeneidad social) entendieron que podrían alcanzar el paraíso si caminaban por sí solas hacia Occidente, y se liberaban del lastre de las otras repúblicas más deprimidas y conflictivas. Ambas, desoyendo las recomendaciones europeas y norteamericanas, declararon unilateralmente su independencia el 25 de junio de 1991, con base en el concepto de Estado-nación étnicamente homogéneo. Este fue el punto de inicio de un imparable proceso secesionista, que disolvió la antigua Yugoslavia, y cuyo penúltimo episodio fue la declaración de independencia de la república de Montenegro, desgajada pacíficamente de Serbia en 2006. La "Guerra de Kosovo" es el último eslabón de esta cadena secesionista, que ha desembocado en la creación unilateral del Estado kosovar en 2008.

I.1. La Guerra de Kosovo

La guerra de Kosovo⁵ arranca de la voluntad de autodeterminación del pueblo kosovar; efectivamente reprimido por el Estado serbio del que forma parte. La guerra supuso un toque de atención para la comunidad internacional en varios sentidos: por una parte, porque contempló desconcertada cómo un nuevo conflicto se producía en el seno de una Europa que ya se pensaba libre de esa tragedia tras la dos guerras mundiales; por otra parte, porque contempló sobrecogida nuevas manifestaciones de genocidio, limpieza étnica y campos de exterminio que recordaban los fantasmas del pasado. En todo caso, la comunidad internacional no acabó de valorar debidamente la beligerante presencia del nacionalismo en este tipo de conflictos y, quizá por ello, no se esfuerza demasiado por encontrar una respuesta jurídica, clara y firme, para quienes amparan bajo este paraguas atrocidades injustificables⁶.

⁵ Para una visión de la Guerra de Kosovo, vid. FOJÓN LAGOA, J.E., *op. cit.*

⁶ BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C., "La independencia de Kosovo a la luz del derecho de libre determinación", *Instituto Elcano*, DT n° 7, 2008, p. 4.

La causa principal del conflicto de Kosovo es de naturaleza étnico-nacionalista; no es, por tanto, demasiado difícil de entender y rastrear en otros conflictos actuales: ambos pueblos, serbio y albanés, definen su concepto de nación en términos étnicos y ambos pueblos consideran que el territorio de Kosovo les pertenece por ser el núcleo y pilar básico de su identidad nacional⁷. Los serbios argumentan que Kosovo forma parte de Serbia desde 1912 y que allí se encuentran las pruebas históricas -monasterios medievales y el centro de la Iglesia Ortodoxa Serbia- de que Kosovo es inseparable de Serbia y de los serbios. Los albaneses esgrimen un poderoso argumento demográfico: son el 90% de la población kosovar (tienen la tasa de natalidad más alta de Europa desde hace varias décadas) y un argumento sentimental: no quieren vivir ni bajo, ni con los serbios, que les han reprimido y sometido durante décadas.

El que fue en su día representante de la comunidad internacional para Bosnia-Herzegovina, C. Westendorp, sentenció con acierto que: “Kosovo representa la primera represión sangrienta de una reivindicación nacionalista”⁸. Milosevic, en efecto, llegó al poder en Serbia a cambio de prometer una reforma de la Constitución de 1974 que devolviera a Serbia la capacidad de gobernar directamente en todo su territorio. La situación formal de *casus belli* se inicia en rigor el 23 de marzo de 1989, cuando el Gobierno serbio revocó el estatuto de autonomía de la provincia de Kosovo⁹. A partir de ese momento, todos los derechos de autonomía de que gozaban los albaneses en Kosovo fueron suprimidos. La respuesta nacionalista fue la creación, en 1991, del *Ejército de Liberación de Kosovo* (ELK), pertrechado con armas procedentes de la vecina Albania. A raíz de sus sangrientos atentados, se generó una guerra abierta entre los albaneses y el Ejército serbio, que entre 1997-1999 provocó todo tipo de atrocidades y matanzas por ambos contendientes.

Como se ha dicho con acierto, el caso de Kosovo demuestra que un Estado, si no es democrático cuando se enfrenta a un nacionalismo secesionista, comete inevitablemente violación de los derechos humanos contra la facción separatista, porque no tiene otro instrumento que la guerra para enfrentarse a la amenaza de destrucción de su propio Estado¹⁰. En cualquier caso no era la democracia lo que se ha venido ventilando en los diversos conflictos de los Balcanes. En efecto, tanto los albaneses, como los eslovenos y los croatas, después del colapso del comunismo,

⁷ MIRA MILOSEVIC analiza el contexto en el que se fraguó el enfrentamiento de dos nacionalismos étnicos con simétricas ambiciones territoriales. (Milosevic, M., “La dimensión internacional de la independencia de Kosovo: un caso de autodeterminación humanitaria”, *Cuadernos del Pensamiento Político* n° 15, julio/septiembre de 2007, pp. 2-4) Existen numerosos libros sobre el conflicto étnico de Kosovo. Mira Milosevic, en su libro, *El Trigo de la Guerra. Nacionalismo y Violencia en Kosovo*, Espasa Calpe, Madrid, 2001, ha analizado con bastante detalle la literatura sobre el asunto.

⁸ WESTENDORP, C., “Kosovo: las lecciones de Bosnia”, *Política Exterior*, XIII, n° 70, julio-agosto de 1999, p. 45.

⁹ GHEBALLI, Y., “Le Kosovo entre la guerre et la paix”, *Défense Nationale*, agosto-septiembre de 1999, p. 63. Nos remitimos también a la afirmación escrita de un autor serbio que relacionó la supresión de la autonomía del territorio con el objetivo del Gobierno yugoslavo de “reforzar sus derechos soberanos sobre la totalidad de su territorio” (R. Petkovic, “Yugoslavia versus Yugoslavia”, *European Affairs*, I, febrero-marzo de 1991, p. 75).

¹⁰ MILOSEVIC, M., *op. cit.*, p. 4.

no pedían transición democrática y derechos civiles, sino simplemente un Estado independiente.

A pesar de que fue definido como grupo terrorista por James Backer, el Secretario de Estado norteamericano en 1991 y, a pesar de que atentaba contra policías y civiles serbios, el ELK fue armado y entrenado por los EEUU. La respuesta de Milosevic a sus ataques de guerrilla fue masacrar a la población civil albanesa, lo que convirtió al ELK en un grupo nacionalista liberador. De hecho, cuando en 1997 la comunidad internacional decidió bombardear Belgrado para impedir la limpieza étnica, sabía que el ELK cometía los mismos crímenes contra los serbios (e incluso que atentaba contra los albaneses moderados), pero decidió tomar partido por los albaneses, porque éstos habían sufrido más y porque el talante agresivo, dictatorial y racista de Milosevic hacía presagiar que no cejaría en su sueño expansivo (la gran Serbia) y en su afán exterminador. Martti Ahtisaari, enviado especial del secretario general de la ONU para Kosovo, reconoció en su informe de marzo de 2007 que, en la génesis de este conflicto, estaban “*las políticas de opresión de Milosevic*” y su “*represión reforzada y brutal*”¹¹. No obstante, los EEUU llegaron a firmar con él la paz de Dayton, para un país que no era el suyo (Bosnia y Herzegovina).

Como sabemos, el ataque de la OTAN a Belgrado obedeció al hecho de que el Gobierno yugoslavo no quiso reconocer un estatuto amplio de autonomía para Kosovo en el seno de Yugoslavia como Estado soberano¹². En la Conferencia de Rambouillet, se ofertó un *Plan de paz* a ambos contendientes por parte del *Grupo de Contacto*, que estaba constituido por 10 principios básicos, dos de los cuales eran: el respeto a la integridad territorial de Yugoslavia y un alto grado de autonomía para Kosovo¹³. Con dudas y reticencias, los albanos-kosovares (que querían la independencia o, al menos, la celebración de un referéndum de autodeterminación tras la expiración de un acuerdo transitorio de tres años), acabaron firmando el Plan. Por su parte, el Gobierno yugoslavo, que aceptaba en principio la autonomía de Kosovo aunque en términos demasiado ambiguos, finalmente se negó a firmar el Plan por no aceptar algunas condiciones (la más importante de ellas: la presencia en Kosovo de una Fuerza internacional de seguridad).

¹¹ Informe del Enviado especial del Secretario General sobre el estatuto futuro de Kosovo (S/2007/168, 26 de marzo de 2007), párrafo 6.

¹² Como recuerdan BERMEJO GARCÍA y GUTIÉRREZ ESPADA, la preferencia por la opción *autonomista* sobre la *independentista* para Kosovo se remonta a varios años atrás, al menos desde 1994, y tanto a nivel de Naciones Unidas, como de la OSCE, el Consejo de Europa o la Unión Europea (Bermejo García, R.Y Gutiérrez Espada, C., *op. cit.*, p. 8). *Vid.*, asimismo, las referencias y documentos que aporta al respecto González Vega, J., “La protección internacional de las minorías en Europa”, *Cursos de Derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, I, Universidad del País Vasco, 1999, p. 101.

¹³ Los otros ocho eran: alto el fuego en el territorio, apertura entre ambas partes de negociaciones de paz, un acuerdo de transición sobre Kosovo de tres años, no suspensión o modificación unilateral de dicho acuerdo, respeto de los derechos de todos los grupos nacionales en Kosovo, elecciones libres en la provincia supervisadas por la OSCE, una amnistía de presos políticos y la presencia de fuerzas internacionales de seguridad (*vid.* De La Gorce, P.M., “La historia secreta de las negociaciones de Rambouillet”, *Le Monde diplomatique*, mayo de 1999, p. 16).

Así las cosas, la OTAN lanzó su ataque y comunicó su decisión de proseguir hasta que Belgrado aceptara el Plan de Paz, que pasaba sustancialmente por la continuidad de Kosovo en el seno de Yugoslavia pero con un amplio estatuto de autonomía. En la Cumbre de la OTAN en Washington, en abril de 1999, con los ataques en marcha, se aprobó la *Declaración de Kosovo* en la que se diseña una aproximación a lo que será el futuro estatus del territorio: éste se convertirá en una especie de “protectorado” bajo administración internacional y, seguidamente, quedará como una región con una ‘sustancial autonomía’ dentro de Yugoslavia.

El 3 de mayo de 1999, el Gobierno de Belgrado ofreció una contrapartida, con base en un documento de cuatro puntos, el tercero de los cuales sostenía la apertura de “*un proceso político y la definición de una amplia autonomía para Kosovo en el marco de Serbia, sobre la base del principio de la igualdad de todos los ciudadanos y de la igualdad de las comunidades nacionales*”.

En la segunda semana del mes de mayo, el G-8, reunido en Bonn, presentó una tercera propuesta para acabar con la “guerra de Kosovo”, en la que se contemplaba la adopción de una resolución por el Consejo de Seguridad de la ONU (marginado absolutamente en el conflicto), que incluyera siete principios generales, el sexto de los cuales exigía la apertura de un “*proceso político dirigido al establecimiento de un acuerdo-marco político interino, que prevea para Kosovo una autonomía considerable, que tenga en cuenta los acuerdos de Rambouillet y el principio de soberanía e integridad territorial de Yugoslavia y de los otros países de la región, y la desmilitarización del Ejército de Liberación de Kosovo (ELK)*”.

El Consejo de Seguridad aprobó, en efecto, el 10 de junio de 1999 (por 14 votos a favor y con la única abstención de la República Popular China), su resolución 1244, con el siguiente tenor: “...en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, *1. Decide que la solución política a la crisis de Kosovo se basará en los principios generales manifestados en el anexo 1 y en los principios y condiciones más detalladas que figuran en el anexo*”. En el Anexo 1 se reproduce la Declaración publicada por el presidente de la reunión de ministros de Asuntos Exteriores del G-8, de 6 de mayo de 1999¹⁴.

1.2. El plan Ahtisaari

A pesar de que la resolución 1244 de la ONU reconociera que el territorio de Kosovo se hallaba bajo soberanía de Belgrado, su definitivo estatuto jurídico y político ha estado en el punto de mira de la comunidad internacional desde el final de la guerra en 1999. Y, desde entonces, se han barajado, fundamentalmente, cuatro alternativas teóricas al respecto¹⁵.

¹⁴ Sobre la misma vid. “Chronique des faits internationaux”, bajo la dirección de L. BALMOND y PH. WECKEL, *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, pp. 739 y ss.

¹⁵ Opciones recogidas por BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C. (op. cit., p. 9.)

(1) Convertirse en una provincia más de Serbia, en la que habría instituciones especiales para la representación de la población de origen albanés. Ni Serbia ni Kosovo han aceptado nunca este planteamiento.

(2) Conceder a Kosovo, en el seno del Estado serbio, un nuevo estatuto de autonomía con más prerrogativas de las que contenía el de 1989. Los líderes de Kosovo y sus principales fuerzas políticas han rechazado esta opción, alegando que ya tuvieron autonomía durante mucho tiempo y que ello no sirvió para que la población de origen albanés viese garantizados sus derechos fundamentales.

(3) Convertir a Kosovo en un Estado soberano añadido a la Unión entre Serbia y Montenegro. En otras palabras, la constitución del Estado Unificado de Serbia, Montenegro y Kosovo. La solución hubiera sido satisfactoria, posiblemente, a la comunidad internacional que prefería dejar intactas las fronteras de lo que quedó de la antigua Yugoslavia. Pero, como es obvio, esta solución ya no es más que un pedazo de historia desde que se produjo la ruptura entre Serbia y Montenegro con la independencia de esta última.

(4) La última (y nada deseable) de las soluciones pasaba por aceptar la independencia de Kosovo. La Comunidad internacional parecía haber sentado una clara doctrina de no reconocimiento de nuevas fronteras ni nuevos Estados después de Montenegro; pero ante la inviabilidad de las anteriores, esta opción acabó por ir ganando fuerza. Los albanos-kosovares han sido siempre muy partidarios. Serbia, obviamente, no¹⁶.

En noviembre de 2005, las Naciones Unidas, preocupadas por la situación, designaron a Martti Ahtisaari, antiguo presidente finlandés, y con gran experiencia en la mediación de conflictos, como enviado especial para Kosovo con el fin de elaborar un estatuto que pusiera fin a la crisis¹⁷. Serbios y albaneses llevaban estancados en negociaciones a causa del atrincheramiento de sus respectivas delegaciones en posiciones maximalistas: los serbios lo aceptarían todo excepto la independencia de la región; los albaneses, no se conformarían con menos de un Estado kosovar plenamente soberano.

Después de 14 meses de negociación, Ahtisaari remitió un informe al Consejo de Seguridad, fechado el 26 de marzo de 2007, en el que se recomendaba una *independencia* para Kosovo supervisada por la comunidad internacional¹⁸.

¹⁶ La secesión de Montenegro, por un lado, dio nuevas alas a Kosovo para dar el paso definitivo hacia la independencia; pero, por otro, despertó también en los líderes de Belgrado deseos de ganar, perdido todo ya, la última batalla y anclar definitivamente ese territorio en el seno del Estado.

¹⁷ Ahtisaari ya tuvo un papel relevante en la independencia de Namibia, aunque esa vez con éxito, al negociar con la República de Sudáfrica dicha independencia.

¹⁸ SZAMUELY defiende que todo este proceso responde a un plan preconcebido por EEUU y expresa una visión muy crítica del desarrollo de las negociaciones, en su artículo "El disparate de un Kosovo independiente":

Previamente, el 24 de enero de 2007, Ahtisaari presentó su propuesta al Grupo de Contacto (EEUU, Rusia, Francia, Alemania e Italia) y al Consejo Europeo. El 2 de febrero de 2007, el documento fue sometido a la consideración de las partes implicadas: las autoridades serbias y los independentistas kosovares. Como se ve, el *Plan Ahtisaari* no es precisamente el fruto de una transacción. Los puntos clave del informe son los siguientes¹⁹:

(a) Se han agotado las posibilidades de que las negociaciones den un resultado aceptable para ambas partes: *“por muchas conversaciones que se celebren, cualquiera que sea el formato, no será posible salir del punto muerto”*²⁰.

(b) Es urgente solucionar de una manera definitiva el estatuto de Kosovo, pues la incertidumbre sobre el mismo *“ha llegado a ser un importante obstáculo para el desarrollo democrático, la rendición de cuentas, la recuperación económica y la reconciliación interétnica en Kosovo”*²¹. El informe define el marco legal de Kosovo como una sociedad multiétnica, con un autogobierno democrático, que respeta el Estado de Derecho y reconoce los derechos humanos y libertades fundamentales.

(c) Habida cuenta de lo que ocurrió con el régimen de Milosevic y de los años transcurridos desde que la Misión de Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK) asumió todos los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales en el territorio, período en el que Serbia no ha ejercido ninguna autoridad de Gobierno, el Enviado Especial cree que *“una vuelta al dominio serbio en Kosovo no sería aceptable para la inmensa mayoría del pueblo de Kosovo. Belgrado no podría recuperar su autoridad sin provocar una oposición violenta. La autonomía de Kosovo dentro de las fronteras de Serbia... es simplemente indefendible”*. Pero tampoco es sostenible seguir con la administración internacional, pues la UNMIK *“no ha podido desarrollar una economía viable”*²².

según el autor, EEUU presionó al entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan, para que lanzara un proceso fraudulento que produciría un Kosovo independiente. En junio de 2005, Annan nombró al embajador de Noruega ante la OTAN, Kai Aide, para que comprobara si Kosovo había hecho suficientes progresos en cuanto a los estándares aceptables en democracia y respeto a los derechos de las minorías para merecer una decisión sobre su estatus final. En octubre de 2005, Aide informó debidamente a Annan que sí, que Kosovo había hecho progresos espléndidos y que cualquier otro retraso en resolver su estatus final llevaría a la catástrofe. En efecto, las conversaciones dieron comienzo con Martti Ahtisaari como enviado especial de Annan para dirigir las negociaciones sobre el estatuto final de Kosovo. Los albaneses de Kosovo habían provocado disturbios callejeros durante varios días en marzo de 2004, pero aquí estaban ahora, 18 meses después, a punto de recibir el regalo de la independencia. Inevitablemente, las negociaciones bajo patrocinio de Ahtisaari no llegaron a buen puerto, como querían aparentar: *“Dado que los funcionarios clave de la OTAN y la UE habían ya declarado que la independencia de Kosovo era inevitable, los albaneses de Kosovo sabían que tan sólo tenían que sentarse muy tiesos, rechazar cualquier opción que no fuera la independencia y prepararse para recoger su recompensa en pocos meses”* (Szamuely, G., “El disparate de un Kosovo independiente”).

<http://www.rebellion.org/mostrar.php?tipo=5&id=George%20Szamuely&inicio=0>

¹⁹ BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C., *op. cit.*, pp. 10 y ss.

²⁰ S/2007/168 cit., párrafo 3.

²¹ *Ibidem*, párrafos 4 y 5.

²² *Ibidem*, párrafos 7 y 9.

(d) La única opción viable sería la independencia administrativa de Kosovo supervisada y apoyada por una presencia civil y una presencia militar internacionales que tengan, en uno y otro caso, competencias “considerables”²³: *“He llegado a la conclusión de que la única opción viable para Kosovo es la independencia que, durante un período inicial, estaría supervisada por la comunidad internacional. Mi Propuesta Global para el Acuerdo de Estatuto de Kosovo, que expone estructuras internacionales de supervisión, proporciona los cimientos para un futuro Kosovo independiente que sea viable, sostenible y estable, y en el cual todos sus miembros y comunidades puedan vivir una existencia pacífica y digna.”*

El representante civil internacional, que al mismo tiempo será representante especial de la UE y se designará por un Grupo Directivo Internacional, no tendrá intervención directa en la administración de Kosovo pero sí, como veremos más adelante, importantes facultades correctoras (tales como “anular las decisiones legislativas... aprobadas por las autoridades de Kosovo y la facultad de sancionar o deponer a funcionarios públicos cuyos actos considere incompatibles con el Acuerdo sobre el Estatuto de Kosovo”).

La Presencia Militar Internacional correrá a cargo de una misión militar dirigida por la OTAN, y se pedirá a la OSCE que preste también su asistencia en la aplicación del Acuerdo²⁴.

Será un Estado laico, en el que el serbio y el albanés serán las lenguas oficiales, se adoptarán medidas para garantizar la seguridad de la minoría serbia de Kosovo (protección de los derechos de las comunidades étnicas en lo que se refiere a cultura, lengua, educación y símbolos, como la bandera e himnos), y tendrá un sistema judicial integrado e independiente del serbio.

(e) Una vez que entre en vigor el Acuerdo, habrá un período de transición de 120 días y en un plazo de nueve meses desde esa entrada en vigor se celebrarán en Kosovo elecciones generales y locales²⁵.

El plan Athisaari no se refiere a una independencia política de Kosovo (soberanía), sino administrativa (se habla siempre de un Estatuto), pero de facto, las competencias y funciones que prevé son las propias de un Estado independiente. Respecto a los serbios de Kosovo, se admite el establecimiento de vínculos estrechos con Belgrado, lo que supone la gestión descentralizada de los municipios donde sean población mayoritaria, su financiación por Serbia, la autonomía de la Universidad de Sremska Mitrovica y la protección de su patrimonio cultural e histórico.

²³ S/2007/168 cit., párrafo 13.

²⁴ *Ibidem*, párrafos 11, 13-14 del Anexo (Disposiciones principales de la propuesta integral de Acuerdo sobre el estatuto de Kosovo).

²⁵ Párrafos 15 y 18 del Anexo citado.

En términos generales, debe destacarse la complejidad que encierra el Acuerdo sobre el estatuto de Kosovo²⁶. A la complejidad *per se* del plan, debía añadirse la compleja realidad social de Kosovo: es un territorio poblado por apenas 2 millones de habitantes —el 90% albaneses, el 6% serbios y el resto bosnios o gitanos— y cuya situación económica era más que preocupante (casi un 50% de la población estaba desempleada y más de un 15% vivía con menos de 1 euro al día). Además de la ayuda internacional, los kosovares sobrevivían en gran medida gracias a las remesas enviadas por los albaneses de la diáspora (unos 380 millones de euros al año), que constituyen la mitad del presupuesto de la provincia. Ante la crudeza de estos datos, considerar seriamente la posibilidad de una independencia resultaba cuanto menos ilusorio.

En todo caso, como era de esperar, el plan Athisaari se atascó en el Consejo de Seguridad por la oposición de Rusia y China. Así las cosas, tuvo que tomar las riendas de las negociaciones el Grupo de Contacto²⁷, nombrando una *troika* mediadora (formada por EEUU, Rusia y la UE), con el fin de buscar una nueva solución durante otros 120 días, período que expiró sin éxito el 27 de noviembre de 2007.

Tanto el nuevo parlamento serbio como Rusia expresaron su rechazo frontal a la propuesta, porque otorgaba una independencia *de facto* a Kosovo mientras que el resto de los actores implicados se dividían al respecto. Mientras la mediación diplomática de la *troika* trataba de aproximar a las partes serbia y albanesa de Kosovo a una interpretación compartida de las propuestas a Athisaari, se fueron radicalizando las posturas. La oposición de Rusia impedía el progreso de una decisión en el seno del Consejo de Seguridad. Por otra parte, Serbia se negaba a perder una provincia que el Derecho internacional le reconoce como propia, a pesar de que los miembros del Quinteto han tratado de persuadir a Serbia de que dejara de oponerse a un hecho consumado, a cambio de su participación en el Partenariado para la Paz de la OTAN y el ingreso en la UE.

El 17 de noviembre de 2007 se celebraron elecciones legislativas y municipales en Kosovo, marcadas por la incertidumbre del futuro estatus de la región. El antiguo guerrillero del UÇK, Hashim Thaci, ganó las elecciones con un 35% de los votos. El nuevo Gobierno albano-kosovar, liderado por Thaci, ante el bloqueo de

²⁶ BERMEJO GARCÍA y GUTIÉRREZ ESPADA se refieren a cuestiones como los derechos de las comunidades, la descentralización con el fin de promover el buen gobierno, la transparencia, la eficacia y la sostenibilidad fiscal (en una región en la que el crimen organizado está lamentablemente presente), el sistema de justicia o la seguridad, para intuir que “*lo que propone el Enviado Especial está más cerca del corazón que de la cabeza*” (Bermejo García, R. y Gutiérrez Espada, C., *op. cit.*, pp. 10-11).

²⁷ El Grupo de Contacto estaba formado por EEUU, Rusia, Alemania, Francia, el Reino Unido e Italia. Este grupo ha coordinado las iniciativas multilaterales en los foros de Naciones Unidas, UE, G-8 y otros donde su influencia permite transmitir sus soluciones a los miembros de esas organizaciones. La oposición de Rusia a sus compañeros del Grupo de Contacto condujo a la creación de un Quinteto que, junto con la *troika*, siguieron liderando las negociaciones sobre Kosovo.

las conversaciones sobre el futuro estatuto, anunció una declaración unilateral de independencia que no se hizo esperar demasiado.

1.3. El nacimiento de un nuevo Estado “independiente”

Finalmente, tras el fracaso de las negociaciones sobre Kosovo en la ONU y por parte de la *troika* negociadora (EEUU, Rusia y UE), Kosovo proclamó unilateralmente su independencia de Serbia el domingo 17 de febrero de 2008, tras una votación en el Parlamento kosovar, en la que los 109 diputados votaron a favor. Tras aprobar esta declaración, el presidente del parlamento, Jakup Krasniqi, afirmó solemnemente que a partir de ese momento “Kosovo es un Estado democrático, libre e independiente”. Tanto antes como después de la declaración, la población kosovar de origen albanés salió a la calle a festejar su independencia enarbolando la bandera de Albania.

Kosovo se autoproclamó un *Estado independiente*, pero su realidad es la de una “independencia supervisada”, es decir, bajo tutela internacional y sustentada sobre las bases de la propuesta de Athisaari. Se trata de un Estado “sui generis” que no puede tener representación en Naciones Unidas y que tiene en su territorio, ejército, policías y jueces aportados por la UE. En estas condiciones, como se ha afirmado, lo último que uno podría llamar al Estado kosovar es “independiente”²⁸.

En efecto, la Unión Europea, a través de la misión civil EULEX, que se aprobó el 16 de febrero de 2008 (un día antes de la declaración de independencia) para ayudar en la estabilización de la región, preveía la presencia allí de 2000 policías, jueces y funcionarios de aduana, además de numerosas dotaciones de seguridad y defensa militar; básicamente para proteger a las minorías, especialmente la serbia. La presencia de estas dotaciones de la UE en Kosovo fue calificada por los líderes serbios de la región y por las autoridades rusas como “una ocupación ilegal” del territorio kosovar. A pesar de todo, EULEX consiguió ponerse en marcha en diciembre de 2008, cuando la UE obtuvo el aval oficial de la ONU. Para ello tuvo que hacer importantes concesiones al Gobierno serbio, sostenido activamente por Moscú²⁹. Así, Belgrado ha logrado que la EULEX tenga un estatus neutro, es decir, que su despliegue no implique un reconocimiento oficial de soberanía del Kosovo. La indeterminación no se limita sólo al estatus del territorio, sino que alcanza a las prerrogativas de la misión en las zonas pobladas mayoritariamente por serbios. De hecho, EULEX depende de la “buena voluntad” de los líderes serbios de esas zonas. El norte de Mitrovica y los principales enclaves serbios, como Gracanica, siguen vetados para EULEX. Allí, donde Belgrado ha levantado una estructura de poder

²⁸ SZAMUELY, G., *op. cit.*

²⁹ La UE tuvo que aceptar el denominado “Plan de seis puntos” para la mejora de la posición de los serbios de Kosovo, que debería poner fin al “vacío de poder” en las zonas dominadas por esta minoría y que abarca el papel de los serbios en la Policía, Justicia, aduanas, infraestructura y comunicaciones, la protección del patrimonio cultural y el control fronterizo. En la práctica, este plan mantiene una doble administración en las zonas serbias.

paralelo que no coopera ni reconoce al gobierno de Pristina, sólo patrullan los restos de la misión de la ONU (UNMIK) y soldados de la OTAN (KFOR).

La realidad es que Europa no es bien vista ni recibida: ni circulan sus coches oficiales, ni se han abierto sedes de la UE, a pesar de que Javier Solana, *Alto Representante de la Unión Europea para Política Exterior y de Seguridad Común*, haya afirmado que “EULEX es la mayor misión de la UE hasta la fecha y deja patente el compromiso de la UE con esta región”³⁰. El caso es que la UE se percibe en la región como un ente abstracto, al que no se puede identificar con claridad y cuya posición resulta difícil de saber. Prueba de ello es que mientras que en el aniversario de la independencia de Kosovo las calles de Pristina se llenaron de banderas de Kosovo, Albania y Estados Unidos, no se pudo ver ni una sola bandera de la UE.

La falta de reconocimiento y de legitimidad de la autoridad de la UE y de su misión en la zona cuestiona todavía más la pretendida “independencia” del Estado kosovar. La misión EULEX es considerada por los kosovares como una misión “extranjera” y no como la ayuda de un amigo. Y la realidad es que, un año después de su independencia, en Kosovo sigue sin haber ningún plan que permita a los albaneses de Kosovo dirigir sus propios asuntos. Cuatro son los obstáculos serios para que pueda hablarse de un verdadero ejercicio de la soberanía en Kosovo:

a) En primer lugar, la misión EULEX tiene poderes ejecutivos. Ello significa que, en caso de conflicto (en especial, sobre cuestiones relacionadas con la protección de minorías), los policías o los jueces europeos podrán imponer su autoridad sobre sus homólogos kosovares.

b) Al igual que en Bosnia, el poder último está en manos de un burócrata nombrado por la comunidad internacional: la nueva Constitución kosovar admite que el Representante Civil Internacional (ICR) (actualmente, el holandés Pieter Feith) tenga poderes por encima de las autoridades kosovares. El ICR tendrá autoridad, entre otras cosas, para “*adoptar medidas correctivas para remediar, cuando sea necesario, cualquier acción que las autoridades de Kosovo emprendan y que el ICR estime que suponen una ruptura de ese Acuerdo*”. Tales medidas correctivas incluirían la “*anulación de leyes o decisiones adoptadas por las autoridades de Kosovo*”, “*sancionar o apartar del puesto a cualquier funcionario público, o adoptar otras medidas cuando sea necesario para asegurar un respeto total hacia ese Acuerdo y su puesta en práctica*”; la última palabra en el nombramiento del “*Director General del Servicio de Aduanas, del Director de la Administración de Impuestos, del Director del Tesoro y del Director Administrador de la Autoridad Bancaria Central de Kosovo*.” Con todas estas

³⁰ <http://es.noticias.yahoo.com/9/20090217/twl-solana-cree-que-kosovo-es-mas-establ-eae1567.html>

limitaciones a su capacidad ejecutiva, nadie puede pensar que Kosovo se acerca, siquiera, a la concepción de un verdadero Estado.

c) Además, la UE debe establecer la Misión Política de Defensa y Seguridad Europea (ESDP, en sus siglas en inglés). Esta misión *“ayudará a las autoridades de Kosovo para que progresen hacia la sostenibilidad y responsabilidad, y para desarrollar y fortalecer un sistema judicial, policial y de aduanas independiente, asegurando que estas instituciones estén libres de interferencias políticas y proporcionando apoyo, control y asesoramiento en el área del Estado de derecho en general, aunque conservando ciertos poderes, en particular respecto a los servicios judiciales, policiales, de aduanas y prisiones”*.

La misión del ESDP tendrá *“autoridad para asegurar que los casos de crímenes de guerra, terrorismo, crimen organizado, corrupción, crímenes interétnicos, crímenes financieros/económicos y otros delitos graves sean adecuadamente investigados de acuerdo con la ley, incluyendo, cuando se considere conveniente, a investigadores internacionales junto a las autoridades de Kosovo, o bien llevando a cabo investigaciones independientes”*. La misión tendrá autoridad para asegurar que los crímenes son *“debidamente perseguidos allá donde se considere conveniente por fiscales internacionales, que actuarán conjuntamente con los fiscales de Kosovo o independientemente. La selección de casos para los fiscales internacionales se basará en criterios objetivos y garantías de procedimiento, según determine el Jefe de la Misión ESDP”*. La misión tendrá *“autoridad para revocar o anular las decisiones operativas adoptadas por las autoridades competentes de Kosovo y, cuando sea necesario, asegurar el mantenimiento y promoción del Estado de derecho, orden público y seguridad”*. Y la misión tendrá *“autoridad para controlar, apoyar y aconsejar en todas aquellas áreas relativas al imperio de la ley. Las autoridades de Kosovo facilitarán esos esfuerzos y garantizarán el acceso completo e inmediato a cualquier lugar, persona, actividad, procedimiento, documento o cualquier otra cuestión o evento en Kosovo”*.

d) Por último, la OTAN tiene también una Presencia Militar Internacional (IMP, en sus siglas en inglés), que actúa *“bajo la autoridad, la dirección y control político del Consejo de la Alianza del Norte a través de la cadena de mando de la OTAN. El IMP tiene “la responsabilidad total en el desarrollo y entrenamiento de la Fuerza de Seguridad de Kosovo, y la OTAN tendrá la responsabilidad global en el desarrollo y establecimiento de una organización dirigida por civiles del Gobierno para ejercer el control civil sobre esta Fuerza, sin perjuicio de las responsabilidades del ICR”*. La IMP será *“responsable de: asistir y asesorar en relación con el proceso de integración en las estructuras Euro-Atlánticas”* y asesorar en *“la participación de elementos de las fuerzas de seguridad en misiones con mandato internacional”*.

Así pues, Kosovo carece de toda competencia en materia judicial, legislativa, fiscal, en seguridad, en defensa, en relaciones exteriores, en control de fronteras y en aduanas. Como alguien ha afirmado: “Lo único de lo que realmente Kosovo se ha “independizado” es de la administración Serbia. Pero, la realidad, es que nadie tiene la más leve pretensión de que las autoridades democráticamente elegidas de Kosovo tengan algo que decir en relación a ninguna competencia.”³¹ Después de 10 años de administración de la ONU y de un año de “independencia” tutelada, la población empieza a dudar de que la presencia internacional sirva realmente para algo.

En parte, porque tampoco Europa se muestra muy convencida de poder (querer) cargar con el peso de un territorio absolutamente dependiente de la ayuda económica internacional. Así pues, el futuro de Kosovo sigue radicalmente determinado por las organizaciones internacionales y por la ayuda económica de la comunidad internacional. Alcanzar una verdadera independencia; contar con una economía sólida o incorporarse a la UE siguen siendo más que sueños, espejismos.

2. CUESTIONABLE REALIDAD DE UN KOSOVO INDEPENDIENTE

2.1. Ámbito interno: ¿Tiene Kosovo una estabilidad social e institucional?

Tras la declaración de independencia, muchos presagjaban el estallido de conflictos violentos entre serbios y albano-kosovares. Sin embargo, fuera de los días sucesivos a esa declaración, a lo largo de este primer año de independencia apenas ha habido incidentes relevantes de violencia interétnica: en Belgrado, algunos manifestantes atacaron con fuego la embajada de Estados Unidos y en algunas ciudades (Mitrovica, Belgrado y Banja Luka) hubo manifestaciones de protesta en las que se quemaron banderas albanesas y estadounidenses. Más allá de esto, nada relevante, fuera de la manifestación convocada en Belgrado bajo el lema “Kosovo es Serbia”, con motivo del primer aniversario de la independencia, que terminó también arrojando artefactos incendiarios contra la embajada de Estados Unidos. Aunque los observadores coinciden en que: “Hay tensiones y el riesgo de un brote más serio de violencia aún existe”; admiten que no se ha producido el “alto nivel de violencia y el éxodo de serbios que algunas personas pronosticaron”³².

Con motivo de las celebraciones del primer aniversario de su independencia el Parlamento de Kosovo realizó una serie de significativos actos públicos. Como contrapartida, en un gesto desafiante, el parlamento rebelde creado por parte de la minoría serbia, realizó también una proclama reafirmando su oposición a la independencia: “Este parlamento rechaza como no existente y sin validez legal todos los actos por los que fue proclamada unilateralmente la independencia de Kosovo”. Así

³¹ SZAMUELY, G., *op. cit.*

³² <http://es.noticias.yahoo.com/12/20090217/twl-kosovo-celebra-dividido-el-primero-an-44bdc673.html>

se pronunció la contra-asamblea en su declaración promulgada en la ciudad de Zvecan³³.

Es obvio, pues, que la convivencia entre albaneses (2 millones) y serbios (1 20.000) sigue siendo muy tensa, hasta el punto de tener que ser garantizada y supervisada por la presencia de miles de soldados de la fuerza internacional de interposición. El problema es que la distancia psicológica e identitaria entre serbios y albaneses, tras la guerra y los horrores, se agiganta cada día. Los kosovares viven hoy en el sueño de su independencia, mientras que los serbios viven sumergidos en su gloriosa historia, recordando la célebre batalla de Kosovo de 1389, y lamentándose de haber perdido esta guerra³⁴. Pero lo más grave es que las relaciones entre albaneses y serbios han desaparecido prácticamente, lo que imposibilita cualquier posible acercamiento³⁵. De hecho, los jóvenes serbios y albaneses ya ni siquiera hablan en el mismo idioma y desconocen absolutamente el idioma de los otros.

Pero, contando con la escasa autoridad de la misión EULEX sobre las zonas pobladas mayoritariamente por serbios y sin una Policía y una Justicia unificadas, resulta prácticamente imposible hacer frente a la corrupción y al crimen organizado. Y, sin hacer frente a ambos, poco se puede hacer para garantizar un desarrollo económico real. Para completar el círculo, las cesiones de la UE a Serbia y la utilización, por parte del Gobierno de Belgrado, de la minoría serbia como una quinta columna en territorio kosovar no hace sino evocar el riesgo de una hipotética partición oficial de Kosovo. De hecho, la frontera de Kosovo se sitúa en el puente sobre el río Ibar, que parte en dos Mitrovica y separa a kosovares y serbios. En este punto, Kosovo se ha convertido, por tiempo indefinido, en una especie de segunda edición de Chipre.

En estas circunstancias, la estabilidad se ha convertido en la prioridad de Kosovo. La negativa de la minoría serbia –que utiliza los servicios de las estructuras administrativas paralelas puestas en marcha por Belgrado– a otorgar legitimidad al nuevo Estado es, sin duda, uno de los principales desafíos de cara al futuro. De ahí que el gobierno albano-kosovar afirme que si la estabilidad en el país se mantiene durante los próximos cinco años, la paz se podría consolidar en este nuevo Estado. Así, en un intento de aparentar “normalidad”, se han implantado diversos elementos con el objetivo de ofrecer una imagen normalizada de Estado: una nueva constitución,

³³ <http://es.noticias.yahoo.com/12/20090217/twl-kosovo-celebra-dividido-el-primer-an-4bdc673.html>

³⁴ Mientras Kosovo, de mayoría albanesa nunca estuvo a gusto con su estatus dentro de la federación aun antes de la desmembración de Yugoslavia, Serbia siempre ha entendido la región de Kosovo como último vestigio del antiguo reino medieval, como cuna de la nueva nación balcánica. Por esa razón, la renuncia a ese territorio es considerada en Belgrado como algo parecido a una herejía (<http://www.lorem-ipsum.es/blogs/historiaenpresente/?p=5>).

³⁵ “Antes había una zona gris en la que había relaciones, ahora con la independencia es blanco o negro”, explica MIKEL CÓRDOBA, de la ONG Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad (<http://www.nortecastilla.es/20090222/mundo/kosovo-vertigo-20090222.html>)

un embrión de Ejército³⁶, un himno nacional, una nueva bandera, pasaportes, cédulas de identidad y hasta una agencia de inteligencia. Se ha anunciado también una gran reforma del sistema judicial y se han abierto 18 embajadas (prácticamente todas en países occidentales).

Con estos gestos, puramente formales, el Gobierno de Hashim Thaci intenta seguir viviendo de la retórica independentista, apoyado en la rápida creación de instituciones democráticas y en la puesta en marcha de los principios del plan Ahtisaari. Incluso se afirma que existe una coordinación eficaz con la misión EULEX de la UE, de la OTAN, de la OCI y de otros representantes de la comunidad internacional *“para construir una economía sólida y sostenible, un Estado de derecho único y transparente y otras instituciones de una democracia europea, moderna y multiétnica”*³⁷; pero los hechos no respaldan estas declaraciones. En efecto, por un lado, la oposición (Alianza para el Futuro de Kosovo) critica al Gobierno de Thaci porque el norte del país no reconoce todavía su autoridad³⁸. Por otro lado, el ministro serbio para Kosovo, Goran Bogdanovic, sigue calificando como *“acto ilegal”* la proclamación de la independencia y denunciando el acoso a que está sometida la minoría serbia, por lo que reclama la aplicación del “Plan de seis puntos” (acordado en noviembre de 2007 y confirmado por el Consejo de Seguridad de la ONU), para que los serbios estén realmente protegidos y puedan residir en Kosovo³⁹. Finalmente, crece el apoyo al movimiento extraparlamentario radical *“Vetvendosja”* (Autodeterminación), que exige la unificación de Kosovo con Albania y se muestra partidario de que las misiones de la ONU y de la UE abandonen de inmediato el territorio.

2.2. **Ámbito externo: ¿Tiene Kosovo el reconocimiento de la comunidad internacional como Estado?**

Con independencia de que Kosovo consiga a medio plazo la estabilidad interna necesaria para poner en marcha determinadas instituciones, la consolidación de Kosovo como Estado soberano dependerá, en todo caso, de una decisión ajena a su voluntad independentista; es decir: de su reconocimiento por parte de la comunidad internacional.

En el Consejo de Seguridad de la ONU se escenificó una profunda división sobre el reconocimiento de Kosovo como el Estado 193 del mundo: fueron favorables a

³⁶ THACI ha anunciado recientemente la creación de un Consejo de Seguridad Nacional, que será responsable de redactar un plan de seguridad. Parte de esa estrategia será la Fuerza de Seguridad de Kosovo, el primer ejército autóctono del nuevo Estado, creado en enero de este año y que contará con unos 2.500 efectivos y unos 800 reservistas provistos de armas ligeras, integrada en su mayoría por antiguos guerrilleros albanos-kosovares, lo que Serbia ha vivido como una afrenta, al considerarla ilegal y paramilitar, mientras lo serbios kosovaren lo ven como una amenaza directa para su seguridad.

³⁷ <http://es.noticias.yahoo.com/9/20090218/twl-ee-uu-elogia-los-esfuerzos-de-kosovoele34ad.html>

³⁸ <http://www.publico.es/agencias/efe/2011330/kosovo/fija/estabilidad/objetivo/maximo/ano/independencia>

³⁹ http://es.noticias.yahoo.com/9/20090217/twl-diputados-serbios-se-suman-a-los-opo-eae1567_1.html

ella los EEUU, Francia y el Reino Unido; y se opusieron a tal reconocimiento Rusia y China, que lo siguen considerando una provincia serbia. El máximo órgano de decisiones de la ONU recibió del presidente de Serbia, Boris Tadic, la petición de que la proclamación fuera declarada “*nula e inválida*” y advirtió que un reconocimiento tendría “*consecuencias impredecibles*”. Tadic afirmó que Serbia nunca reconocerá la independencia de Kosovo: “*Nunca renunciaremos a Kosovo ni abandonaremos la defensa de nuestros legítimos intereses. Para los serbios y sus instituciones, Kosovo siempre será parte de Serbia*”. El entonces primer ministro serbio, Vojislav Kostunica, denunció que se había cometido “*una violación de la ley internacional*”. Afirmó asimismo que Serbia retiraría a su embajador en Estados Unidos, por el apoyo que dicho país ha brindado a Kosovo en su independencia.

El secretario general de la ONU Ban Ki Moon, evitó pronunciarse sobre si la independencia de Kosovo cumple o no con la legalidad internacional, y ha subrayado que “*el reconocimiento corresponde a los países y no a la secretaría general de la ONU*”. Se ha limitado a indicar que los objetivos de la ONU respecto a Kosovo son “*defender la paz y la seguridad internacional, al tiempo que se asegura la estabilidad de Kosovo y de toda su población*”. El Consejo de Seguridad de la ONU, por su parte, no ha emitido (ni tiene previsto emitir) ninguna resolución que prohíba el reconocimiento de Kosovo, puesto que dicha resolución contaría con el veto de tres de sus miembros permanentes (EEUU, Francia y Reino Unido, favorables a la independencia). No obstante, el Consejo sí emitió en 1983 una resolución prohibitoria en relación con la República Turca del Norte de Chipre⁴⁰.

⁴⁰ No obstante, deberíamos plantear la posible existencia de una norma de Derecho internacional general que, derivada de la práctica nacida en el marco de Naciones Unidas, obligue al no reconocimiento como Estados de entidades que han nacido en violación de normas fundamentales del Derecho internacional, como la que consagra el derecho de los pueblos coloniales a su libre determinación (el Consejo de Seguridad prohibió en 1965 el reconocimiento de Rodesia del Sur), la que prohíbe la puesta en práctica de un sistema de discriminación racial institucionalizado como el de *apartheid* (como supuso el nacimiento de Transkei, cuyo reconocimiento prohibió el Consejo en 1976), o la que prohíbe el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales (imposibilitando el reconocimiento de la República Turca del Norte de Chipre en 1983) (Respectivamente, resoluciones del Consejo de Seguridad 216 [1965], de 12 de noviembre; 402 [1976], de 22 de diciembre; y 541 [1983], de 18 de noviembre).

La CDI, en su *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (2001) ha considerado que el no reconocimiento de las situaciones creadas por la violación grave de una norma imperativa de Derecho internacional (como las que consagran el derecho de libre determinación de los pueblos, la prohibición del *apartheid* y desde luego de la agresión) ni asistir o ayudar a que se consoliden son una de las consecuencias de los hechos ilícitos de esta naturaleza (artículos 40-41) que “*ya cuenta con apoyo en la práctica internacional y en las decisiones de la Corte internacional de Justicia*” (Comentario 6 al artículo 41 [en *Informe de la CDI sobre su 53º período de sesiones, 23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001, Documentos oficiales de la Asamblea General, 56º período de sesiones. Suplemento nº 10 (56/10), Nueva York, 2001, pp. 10 y ss.*]), contribuyendo así, a generalizar la práctica de Naciones Unidas del *no reconocimiento colectivo* (así lo recoge también Crawford, J., *The Creation of States in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 2006, pp. 162 y ss., 168 y ss).

Por su parte, la CIJ en su dictamen consultivo sobre el asunto de *Namibia* (1971) estimó existente la obligación para todo Estado, miembro o no de Naciones Unidas, de no reconocer la presencia ilegal de la República de Sudafrica en Namibia ni ayudar o asistir a ese país a mantenerla (Dictamen consultivo de 21 de junio de 1971, párrafos 122 y ss. [CJ Recueil 1971, pp. 55-56]).

Aunque en el asunto sobre *Timor Oriental*, como ya sabemos, el TIJ no entró en el fondo del caso, el juez Weeramantry sí apuntó, en su opinión disidente, algunas ideas que pueden sernos útiles: así, la consideración de que Australia, al concertar el tratado que disponía de los recursos de la plataforma de Timor y reconocer de facto su anexión por Indonesia tras la marcha de Portugal (lo que fue condenado tanto por la Asamblea General como por el Consejo de Seguridad, que exigieron la aplicación del principio de libre determinación), incurrió en

El todavía ministro de Exteriores de Serbia, Vuk Jeremic, anunció la “*retirada inmediata*” de sus embajadores en todos los países que han reconocido a Kosovo y afirmó que en el futuro inmediato se replantearían sus relaciones con ellos.

Esta postura no ha cambiado tras las elecciones parlamentarias serbias de mayo de 2008. El Presidente serbio, Boris Tadic, aprovechó la ceremonia con motivo de la fiesta nacional, para reafirmar su decisión sobre el estatus de Kosovo y reiterar que Serbia no renunciará a su integridad territorial: “*todos tienen claro que Kosovo no es un Estado... y Serbia sigue firmemente determinada a defender sus derechos legítimos, en su territorio, por los medios legales y diplomáticos, y no por la fuerza*”⁴¹.

La Unión Europea, en una decisión sólo explicable por la presión de Francia y Reino Unido, ha permitido que cada país miembro decida si reconoce o no la secesión de Kosovo, argumentando que se trata de un caso único que no sienta precedentes. De hecho, resulta algo sorprendente la escasa presión que la UE ejerce sobre Belgrado, teniendo en cuenta que Kosovo ha sido reconocido por 22 de los 27 países miembros. No lo han hecho: España, Chipre, Eslovaquia, Rumanía y Grecia (los dos primeros por el precedente que podría suponer para sus propias reivindicaciones nacionalistas; los tres últimos por vínculos históricos y/o religiosos con Serbia)⁴².

Han reconocido el nuevo Estado: Albania, Alemania, Afganistán, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Costa Rica, Dinamarca, Estados Unidos, Estonia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Reino Unido, Suecia, Turquía y Japón. En total, 54 países reconocen al autoproclamado Estado. El primer ministro de Kosovo dice esperar “*nuevos reconocimientos*”, que están “*prometidos*”, aunque no ha ofrecido más detalles⁴³. No obstante, Kosovo sigue sin

responsabilidad internacional, puede servir como ejemplo de una situación que no debería ser reconocida por ningún Estado y respecto de la que ninguno debe asistir o ayudar a los Estados implicados para que aquella se mantenga, según propone el artículo 41 del Proyecto de la Comisión; y en cuanto a la posible duda de si sería un caso de “violación grave” del derecho de libre determinación, de atender a la definición del artículo 40.2 y en particular a su término “flagrante”, la respuesta debería ser positiva (opinión disidente del Juez Weeramantry cit., *CJ Recueil 1995*, pp. 196 ss., sobre todo 197, 206, 209-210 y 212)

Por otra parte, en el asunto sobre las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio (palestino) ocupado, la Corte, tras calificar de obligaciones *erga omnes* las violadas por Israel, mantiene que todo Estado: “*tiene la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro [y]... no prestar ayuda ni asistencia para el mantenimiento de la situación creada por tal construcción*” (Dictamen consultivo de 9 de julio de 2004, *CJ Recueil 2004*, pp. 199-200, párrafos 155-158 y 159).

Teniendo en cuenta que, en 1983, el Consejo de Seguridad sí prohibió el reconocimiento de la República Turca del Norte de Chipre nacida de la agresión que nueve años antes el ejército turco llevó a cabo contra Chipre y la sucesiva ocupación de la parte norte de la isla. ¿Puede reconocerse entonces, en el año 2008, a un Kosovo que a la postre nace de la guerra desencadenada por la OTAN contra la antigua Yugoslavia ocho años atrás? La posición del Gobierno chipriota contrario a ese reconocimiento por la UE no deja lugar a dudas de la preocupación por el precedente.

⁴¹ http://www.darioinformacion.com/secciones/noticia.jsp?pRef=2009021400_3_3852662__Internacional-Serbia-niega-Kosovo-Estado-despues-independencia

⁴² JAVIER SOLANA se muestra inusualmente comprensivo con una Serbia a la que no dudó en bombardear siendo secretario general de la OTAN en 1999: “*No se puede presionar a los serbios. No hay que olvidar que han perdido una parte de su territorio*”.

⁴³ <http://www.gara.net/paperezkoa/20090218/122590d/es/Kosovo-sigue-varado-tierra-nadie>
<http://es.noticias.yahoo.com/12/20090212/twl-el-primer-ministro-kosovar-fustiga-1-4bdc673.1.html>

ser reconocido por potencias con asiento permanente en el Consejo de seguridad como Rusia o China y por prácticamente ningún país de Asia, África o América Latina.

Rusia, en efecto, mantiene inamovible su postura sobre Kosovo y apoya la soberanía y la integridad territorial de Serbia. El embajador ruso, Vitaly Churkin, afirmó que la decisión de Kosovo supone una *“abierto violación”* de la ley internacional, y *“una amenaza a la paz y la seguridad en los Balcanes”*. Así, el ministro ruso de Exteriores, Serguei Lavrov, ha declarado, con ocasión del primer aniversario de la independencia de Kosovo, lo siguiente: *“En relación con la problemática de Kosovo, la parte rusa reiteró la firmeza de su postura que supone el arreglo de este problema de conformidad con la resolución 1244 del Consejo de Seguridad de la ONU. También es inamovible nuestro apoyo a la política de Serbia que busca defender la soberanía y la integridad territorial de su país”*⁴⁴. Por su parte, el embajador de China, Wang Guangya, dijo que Pekín *“se opone a toda declaración unilateral de independencia”* y pidió *“una solución mutuamente aceptada y negociada”* entre Belgrado y Pristina.

La fuente de mayor legitimidad para la soberanía de Kosovo como Estado ha venido de los Estados Unidos. El embajador estadounidense en Pristina, Zalmay Khalilzad, dijo que *“en ejercicio de nuestros derechos soberanos, Estados Unidos reconoce la independencia de Kosovo”*, y subrayó que la independencia de Kosovo es ya *“irreversible”* y *“plenamente de acuerdo con la resolución 1244”*. Las palabras de Khalilzad se vieron refrendadas por la carta que el presidente de EEUU, George W. Bush, envió al presidente kosovar, Fatmir Sejdiu, en la que reconoce a Kosovo como un Estado *“independiente y soberano”* y señala que su país será su *“socio y amigo”* en esta nueva etapa. Por su parte, el embajador británico ante la ONU, John Sawers, señaló que estos acontecimientos *“son inevitables y excepcionales”*, y responsabilizó al fallecido presidente serbio Slobodan Milosevic de haber generado una situación sin otra salida que la independencia. El nuevo presidente norteamericano, Barack Obama, ha seguido la línea y, con ocasión del primer aniversario del nacimiento del nuevo Estado, ha felicitado a Kosovo por los esfuerzos de su Gobierno en promover la estabilidad de la región y trabajar con todas las etnias y religiones para desarrollar un futuro seguro y próspero. Obama prometió su apoyo a un Kosovo *“multiétnico, independiente y democrático en sus esfuerzos por tener todo el espacio que merece en tanto que miembro pleno de la comunidad de Estados”*⁴⁵.

A pesar de los apoyos recibidos, Kosovo sabe que tener apenas 54 de los 192 reconocimientos posibles no permite, en absoluto, consolidar la posición internacional de un nuevo Estado⁴⁶. De todos modos, Pristina espera unirse al Banco

⁴⁴ <http://viejocondor.blogspot.com/2009/02/rusia-mantiene-inamovible-su-postura>.

⁴⁵ <http://es.noticias.yahoo.com/12/20090217/twl-kosovo-celebra-dividido-el-primer-an-4bdc673.html>

⁴⁶ Así lo ha reconocido Pieter Feith, jefe de la Oficina Civil Internacional en Pristina: *“Sería mejor si tuviéramos*

Mundial y al Fondo Monetario Internacional este año, aunque Serbia y Rusia están intentando bloquear su integración en todas las instituciones mundiales (también en la OSCE, Comité Olímpico, FIFA, UEFA, etc.). En última instancia, Kosovo seguirá siendo a medio plazo un país raro, al margen de la legalidad internacional, sin apenas reconocimiento y excluido de las instituciones internacionales más significativas (ni siquiera con una selección nacional de fútbol aceptada para participar en torneos internacionales).

3. CONSECUENCIAS ESTRUCTURALES DE LA INDEPENDENCIA UNILATERAL: ¿ES KOSOVO UN ESTADO VIABLE?

Ya hemos explicado los motivos por los cuales la autoproclamada independencia de Kosovo no ha generado (ni de *facto*, ni de *iure*) un auténtico Estado soberano independiente, sino un ente indeterminado, "supervisado" por la comunidad internacional; tutelado por fuerzas militares extranjeras, gestionado por burócratas, policías y jueces de la misión EULEX y económicamente dependiente de la ayuda externa. Estamos, pues, ante la realidad problemática de una especie de protectorado a cargo de la UE, que sólo adquirirá cierta normalidad en la medida en que se consiga promover el desarrollo regional y la entrada en la UE de Albania, Macedonia y Serbia.

En este contexto ¿puede afirmarse la viabilidad de un Estado kosovar?; ¿es posible que la economía de Kosovo pueda sustentar algún día sus instituciones y garantizar unos mínimos básicos de seguridad y bienestar a sus ciudadanos?

En los años 90, existía la infundada creencia, en gran parte de los albanokosovares, de que Kosovo se convertiría con la independencia en una nueva Suiza. Un año después de autoproclamarla, Kosovo tiene bandera e himno nacional, pero una inflación del 9,3%, una tasa de paro real cercana al 45%, casi un 35% de la población vive bajo el umbral de la pobreza (el 15% sufre pobreza extrema) y la mitad de su presupuesto nacional lo constituye la ayuda internacional⁴⁷. Es difícil imaginar cómo podría subsistir políticamente un Estado pequeño con unos datos económicos tan desastrosos.

Esta situación ha generado ya un gran desánimo en la población joven. Kosovo es el país de Europa con más jóvenes (cada año entran 30.000 al mercado laboral) que, ante las escasas perspectivas de futuro (especialmente entre 15 y 24 años, cuya tasa de paro alcanza el 75%), están abandonando masivamente el país. Precisamente la

un alto número de reconocimientos". <http://es.noticias.yahoo.com/12/20090217/twl-kosovo-celebra-dividido-el-primer-an-4bdc673.html>

⁴⁷ <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/02/17/internacional/1234872549.html>

alta tasa de emigración de jóvenes ha generado graves problemas para encontrar a gente cualificada que asuma los cargos del aparato del nuevo Estado (eso sin contar con que un puesto en la Administración apenas permite sobrevivir: el sueldo medio es de 250 euros). Conviene recordar que la moneda de Kosovo es el euro y que los precios están a un nivel muy similar al europeo.

Es significativo el hecho de que, pasada la fiesta de independencia del 17 de febrero, varios miles de albanos-kosovares regresaban a sus casas, pero no en su tierra, sino en Suiza, Alemania u otros países, donde viven actualmente unos 400.000 (la quinta parte de la población). Albañiles, mecánicos, camareros, taxistas kosovares desperdigados por Europa y Estados Unidos sostienen media economía de Kosovo. Con sueldos de 250 euros, es vital tener un pariente en el extranjero. Y algunos se están quedando sin trabajo por la crisis mundial.

Otros indicadores económicos no permiten albergar demasiadas esperanzas de mejora. Hay una envejecida red eléctrica en muy mal estado que se corta a diario e impide toda pretensión de atender requerimientos industriales. Un problema que no se espera solucionar plenamente hasta 2013, con la construcción de nuevas plantas. Por otra parte, Kosovo no produce nada: la balanza kosovar es de 202 millones de euros de importaciones frente a 10 millones de exportaciones⁴⁸. La mayoría de los productos siguen procediendo de Serbia, con el problema añadido de que ese comercio ahora es más difícil, porque Belgrado lo boicotea para presionar a Pristina.

El otro gran impulsor de la economía se encuentra en las organizaciones internacionales. La misión europea EULEX ha creado 1.650 puestos de trabajo para personal local. Por otro lado, los más de 1.900 policías y magistrados europeos alquilan pisos, ocupan hoteles, compran en tiendas y comen en restaurantes. ¿Pero cómo la actividad de 4.000 personas pueden sostener la mitad de la economía de un país de 2 millones? Por otra parte, la ayuda internacional aprobada es de 1.200 millones de euros hasta el 2012. ¿Se puede sostener un Estado con este presupuesto?

En definitiva, la economía de Kosovo es, por el momento, totalmente irreal. Según datos de la OTAN, el 80% del PIB procede de actividades criminales. La élite mafiosa y política heredada de la guerra domina el territorio. Debajo de ellos, el 90% de las empresas son familiares, de menos de nueve trabajadores, y la gran actividad puntera, más del 5%, es... *el lavado de coches*. Kosovo necesita desesperadamente inversión extranjera para despegar y normalizarse, pero su independencia aún arrastra una gran inseguridad jurídica y topa, de nuevo, con la crisis económica mundial. El año

⁴⁸ <http://www.nortecastilla.es/20090222/mundo/kosovo-vertigo-20090222.html>

pasado entraron 355 millones, según datos del banco central, un descenso de 80 millones⁴⁹. Habrá que ver el 2009, que se anuncia todavía peor:

En resumen, Kosovo depende totalmente de la ayuda externa de la UE que financia económicamente la existencia de ese Estado, pero se enfrenta con un descontento y una desconfianza general de la población hacia la tibieza con la cual la UE maneja el asunto de la independencia. Ciertamente, también hay algunos indicadores positivos, pero no tan espectaculares como los pinta el primer ministro Hashim Thaci (*"Hemos creado miles de empleos y nuestro PIB creció un 6,1 por ciento y hemos doblado la tasa de crecimiento que tuvimos hace tres años"*). Se han mejorado algo las infraestructuras (algunos kilómetros de carreteras; un 35% más de suministro de energía y la construcción de algunos colegios). No obstante, los hospitales continúan en estado ruinoso y la prensa kosovar anuncia una subida generalizada de precios⁵⁰.

Los defensores acérrimos del nuevo Estado kosovar argumentan que la ruina económica actual es consecuencia de las guerras que han afectado a los Balcanes, y especialmente a Kosovo, desde principios de los años noventa. Sin embargo, los datos económicos del último medio siglo desmienten esas afirmaciones. En efecto, mientras el conjunto de la Federación Yugoslava creció un 5% de media anual en renta per cápita entre 1947 y 1978, los kosovares tan sólo alcanzaron un 3,2%⁵¹.

En este sentido, según el censo de 1991, Kosovo era la región más pobre de la antigua Yugoslavia⁵². Kosovo no es, por tanto, una región arruinada por el yugo serbio; se trata de una región arruinada, sin más, que lleva décadas demasiado preocupada por sus problemas políticos, lo que le ha llevado a desatender el desarrollo económico de la región. Otra cosa es que a los kosovares les haya resultado más fácil buscar culpables de esa pobreza y los haya encontrado en la situación política de la región. Así, los kosovares ya hace más de tres décadas empezaron a asociar la independencia con el final de la crisis e identificaron la autodeterminación con el paraíso terrenal. Lo grave, como confirma González Martínez, es que las potencias occidentales parecen haberse contagiado de esta falsedad y no se dan cuenta de que la solución al problema político está estrechamente vinculada con el fin de las penurias económicas⁵³.

Por otra parte, el gobierno kosovar está obsesionado con la estabilidad política, por encima de otros asuntos candentes como la reducción del desempleo, la pobreza y la lucha contra la endémica corrupción. La prioridad debería ser llevar adelante proyectos en materia infraestructuras y desarrollo económico, que mejoren

⁴⁹ <http://www.nortecastilla.es/20090222/mundo/kosovo-vertigo-20090222.html>

⁵⁰ <http://www.nortecastilla.es/20090222/mundo/kosovo-vertigo-20090222.html>

⁵¹ <http://www.lorem-ipsum.es/blogs/historiaenpresente/?p=6>

⁵² <http://www.interdependencia.com.mx/revista/?p=177>

⁵³ <http://www.lorem-ipsum.es/blogs/historiaenpresente/?p=6>

el estándar de vida. Sólo los progresos económicos no darán estabilidad política a Kosovo, pero son el presupuesto indispensable para conseguirla.

Por último, no podemos obviar el futuro del Estado en relación con su respeto por los derechos humanos. Si una masiva presencia militar de la OTAN no ha bastado para asegurar que las diversas comunidades étnicas y religiosas de Kosovo vivan una existencia mínimamente digna y pacífica, pensar que esto se va a garantizar en un Kosovo independiente sin presencia militar extranjera es una entelequia. Los serbios de Kosovo –los pocos que todavía quedan– viven detrás de alambradas de espinos y necesitan escolta armada cada vez que dan un paso fuera de sus enclaves⁵⁴. En total, unos 200.000 serbios han huído de Kosovo desde el conflicto. Desgraciadamente, el secesionismo suele olvidarse de proteger política y jurídicamente a las nuevas minorías que quedan atrapadas entre las fronteras del nuevo Estado. Éste es hoy, en Kosovo, el reto de los kosovares y el miedo de los serbios.

Los serbios y romaníes (unos 20.000) refugiados en la región de Kraljevo (en el centro de Serbia), huídos tras los ataques de la OTAN en 1999, no albergan esperanza alguna de regresar a sus hogares en Kosovo y se sienten abandonados. No obstante, Thaci opina que deberían ponerse en marcha encuentros entre Pristina y Belgrado sobre cuestiones de interés común, como la de los desplazados, y ha puesto de manifiesto su *“buena voluntad y un espíritu de responsabilidad para garantizar la normalización de las relaciones (bilaterales), que implique un reconocimiento mutuo de Kosovo y de Serbia como dos Estados independientes”*⁵⁵.

En el plano institucional esta segregación está también presente. Según un reciente informe de la Comisión Europea, sólo el 1% de los jueces pertenecen a un grupo minoritario y menos del 0,5% pertenecen a la minoría serbia. Sólo seis de los 88 fiscales pertenecen a grupos minoritarios. En general, concluye el informe, se han registrado muy pocos progresos en la promoción y aplicación de los derechos humanos⁵⁶.

En definitiva, si no se realizan serios esfuerzos para que el nuevo Kosovo respete escrupulosamente el Estado de Derecho en sentido pleno y consiga salir adelante social y económicamente, estaremos ante un nuevo y peligroso caso de Estado fallido. Quizá el primer paso para conseguir estos objetivos consista en superar (en el ámbito interno y el internacional) el análisis estratégico de la situación mirado

⁵⁴ A pesar de que la Resolución 1244 garantiza la integridad del territorio serbio y la seguridad de los serbios en Kosovo, parece ser que ninguna de las dos cosas se ha cumplido. De los más 300.000 serbios que vivían en Kosovo ahora quedan menos de 75.000. Los ataques de marzo de 2004 de albaneses contra serbios ante la pasividad de la comunidad internacional no representan ni mucho menos un aval para confiar en que los serbios van a ser protegidos dentro de un Kosovo independiente. Tampoco contribuyen a la explicación de por qué a los albaneses se les ha de regalar un Estado nacional cuando en estos ocho años no han demostrado ningún respeto por los derechos humanos de otros grupos étnicos.

⁵⁵ http://es.noticias.yahoo.com/12/20090212/twl-el-primer-ministro-kosovar-fustiga-l-4bdc673_1.html

⁵⁶ Datos recogidos por SZAMUELY, G., *op. cit.*

desde la óptica de la seguridad nacional y afrontar la realidad del nuevo Estado desde el concepto integral de la seguridad humana⁵⁷. En efecto, según Ballesteros, “a diferencia de los conceptos tradicionales de seguridad, éste surge desde la sociedad civil en un intento de proteger a los individuos y a las comunidades, más allá de la preocupación por el territorio y el poder militar. En primer lugar, la seguridad humana supone no reducir la problemática de la paz a un simple problema de seguridad nacional o ausencia de terrorismo. Junto al terrorismo y la guerra existen diferentes formas de violencia contra el ser humano, de negación de sus derechos de índole político, económico y cultural, cuyas causas es necesario desarraigar”⁵⁸. En otras palabras, la paz en Kosovo no sólo pasa por la presencia militar; la ayuda internacional al desarrollo y la construcción de instituciones sólidas propias de un Estado de Derecho: hace falta, además, conseguir erradicar las causas de la violencia, estableciendo un auténtico clima de justicia social; un verdadero entendimiento y respeto interétnico e interreligioso y un clima de cooperación. He ahí el substrato de la paz edificado sobre la perspectiva de la seguridad humana en la que el individuo real es el protagonista y no el territorio, la historia o la identidad.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

El primer aniversario de la independencia de Kosovo ofrece un balance desigual: ha descendido la violencia interétnica (pese a que las relaciones entre serbios y albanos-kosovares siguen siendo inexistentes) pero el resto de indicadores muestran la realidad de un colapso económico, la extrema fragilidad de sus instituciones y la escasa o nula proyección internacional. Coordinadas, todas ellas, que, por el momento, configuran al nuevo Estado como una experiencia semi-fallida.

En consecuencia, este proceso de independencia unilateralmente autoproclamado, socialmente inestable, económicamente inviable e internacionalmente tutelado y financiado, no puede sino ser calificado sino de *quimera* desde el punto de vista económico y social, y de un muy mal precedente desde el punto de vista jurídico e institucional (y ello, por la lectura negativa que una vez más cabe hacer de la superioridad de la fuerza del hecho consumado frente a la debilidad de las razones del Derecho internacional). Las consecuencias que tal lectura tiene para otras zonas de conflicto interétnico y derivas secesionistas, basadas en fenómenos identitarios

⁵⁷ Como BALLESTEROS afirma, “para que la democracia sirva a la causa de la paz hace falta que su hilo conductor no sea la seguridad nacional, sino la seguridad humana. Mientras el primer concepto responde a una visión del miedo como inevitable y considera como prioridad absoluta el gasto en armamento, conduce a la sociedad de la vigilancia, con la pérdida de las libertades públicas. En cambio, el concepto de (seguridad humana) trata de liberar al ser humano de las causas del miedo (*freedom from fear*) y de la miseria (*freedom from want*), tal como se dice en la Carta del Atlántico, redactada por Churchill y Roosevelt en 1945. No se puede olvidar que las situaciones de indigencia no sólo son violencia, en cuanto que pueden ser evitadas, sino que también generan más violencia. La miseria es el mejor caldo de cultivo para toda clase de delitos.” Cfr. Ballesteros, J., *Repensar la paz*, Eiuinsa, Madrid, 2005, pp. 112-113.

⁵⁸ *Ibidem*.

y escenario de políticas enfrentadas por parte de los antiguos bloques (hoy Rusia-China, de una parte y los EEUU de otra) son altamente peligrosas.

En todo caso, parece claro que la independencia de Kosovo es, hoy por hoy, un hecho consumado irreversible (aunque siga siendo objeto de controversia y declaraciones políticas en uno y otro sentido). De cual se deduce que Serbia y Kosovo estarán obligados a entenderse, aunque en la actualidad esto resulte una utopía. Pero tal entendimiento puede generar un nuevo problema en el interior del propio Kosovo con respecto a la minoría serbia. En efecto, por el momento, Belgrado ha jugado muy bien sus cartas. Ha obtenido de la *Asamblea General* de la ONU una denuncia por secesión ilegal de una provincia ante la *Corte Internacional de Justicia*, que tardará al menos dos años en resolverse; y ha logrado que el *Consejo de Seguridad* apruebe un plan que, en la práctica, permite una doble administración en las zonas serbias de Kosovo y le facilita mantener el control sobre ellas. Por otro lado, apoyada por Rusia, está impidiendo el ingreso de Kosovo en cualquier foro internacional. En definitiva, en la práctica, los territorios serbios de Kosovo son islas a las que no llega el control real de las autoridades kosovares. Cuando llegue a consolidarse la soberanía de Kosovo como Estado, no es aventurado pensar que los serbios de Kosovo reivindicarán una autonomía política dentro del territorio o, incluso, su anexión territorial a Serbia.

Finalmente, cabe albergar serias dudas de que la población de Kosovo esté ahora mejor que hace un año. El sueño de la independencia puede que valga, en teoría, cualquier sacrificio. Pero a nadie sorprendería que, en un par de años, sean los propios albanos-kosovares quienes empiecen a cuestionar la conveniencia de un sueño tan controvertido como irrealizable.

LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS
DE LIBERTAD EN ESPAÑA

EXECUTION OF JAIL SANCTIONS IN SPAIN

Rev. boliv. de derecho n° 8, julio 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 146-169



Joaquin
BRAGE
&
Fernando
REVIRIEGO

RESUMEN: El trabajo da una visión de la regulación de penas privativas de libertad en España, desde la perspectiva del Derecho penitenciario. Por ello, se analiza el sistema de ejecución penal, el cómputo de las penas, la libertad condicional y la restricción de ciertos derechos fundamentales durante la reclusión.

PALABRAS CLAVE: Derecho penitenciario, ejecución de las penas, establecimientos penitenciarios, libertad condicional, extinción de la pena, doctrina Parot.

ABSTRACT: *This paper presents a view of the jail sanctions in Spain, from the perspective of Penitentiary Law. It is analyzed the criminal execution system, the calculation of the conviction time, parole, and the restriction of some fundamental rights during reclusion.*

KEY WORDS: *Penitentiary Law, conviction execution, jails, parole, extinction of the conviction, Parot doctrine.*

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Las Penas privativas de libertad: I.- Modalidades. Posible suspensión o sustitución como beneficios penitenciarios; 2.- La ejecución: Sistema progresivo, separación-clasificación en grados; B) Establecimientos penitenciarios; C) Cómputo en el caso de presos que cumplen una pena y al mismo tiempo son preventivos por otra causa (los “penados mixtos”); un recientemente acuñado “2 x 1”; D) Libertad condicional; E) Especial referencia a la restricción de otros derechos fundamentales durante la reclusión; III.- Extinción de la pena, doctrina “Parot”

Odia el delito y compadece al delincuente
Concepción Arenal (1820-1893)

I.- INTRODUCCIÓN

La ejecución de las penas es un aspecto frecuentemente preterido al estudiar el Derecho penal, incluso en los programas de las oposiciones a juez o fiscal, por más que sea un buen termómetro del buen o deficiente funcionamiento de la Administración de Justicia como tal, pues si las penas no se ejecutan, o se ejecutan tarde, o no se presta la debida atención individualizada en el seguimiento de su cumplimiento por cada penado, o no guardan el debido equilibrio entre sus fines propios y el respeto a los derechos fundamentales que los penados conservan íntegramente (con o sin restricciones específicas), ese sistema de ejecución será ciertamente deficiente y no cumplirá la alta función que la Constitución española marca a toda pena o medida de seguridad como norte en su art. 25: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”.

Y lo primero que tenemos que empezar reconociendo es que la praxis del sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, claramente las más significativas de todas las penas,¹ es altamente mejorable, algo en lo que tiene mucho que ver, de un lado, la lentitud de la justicia penal en general, y de otro lado, el colapso de los centros penitenciarios,² y ello por más que, año tras año,

¹ En cuanto a las modalidades de penas, además de estas privativas de libertad, objeto de este trabajo, existen: a) La pena de muerte, que sólo es constitucionalmente admisible para tiempos de guerra cuando así lo establezcan las leyes penales militares (art. 15 CE), pero el legislador ha derogado esa pena incluso para tiempos de guerra y para el ámbito militar por medio de la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, por lo que España es país abolicionista absoluto de *iure* aunque sólo a nivel legal y no constitucional; b) las penas privativas de derechos (sufragio, conducir, función pública, uso de armas, etc); c) las penas pecuniarias (multas).

² En la actualidad, al momento de cerrar estas notas (marzo de 2009), el número de reclusos es de 75.093 repartidos a lo largo de los 82 (masificados) centros penitenciarios. Un número que crece año tras año, pues si ofrecemos datos del mismo mes de los años inmediatamente anteriores (marzo de 2007, 68.043 reclusos; marzo de 2006, 64.754 reclusos) podemos ver que en apenas dos años la población penitenciaria ha crecido un quince por ciento. No hace falta decir que los Centros penitenciarios están masificados a más del 150%.

• Joaquín Brage Camazano

Profesor de Derecho Constitucional. Juez.Vocal de la Junta Directiva de la Asociación de Jueces “Concepción Arenal”.

• Fernando Reviriego Picón

Licenciado en “Derecho” por la Universidad Complutense y en “Ciencias Políticas” por la Universidad Nacional de Educación a Distancia es Doctor en “Derecho” (Programa Derechos Fundamentales) por la Universidad Carlos III y en la actualidad Profesor de Derecho Constitucional en el Departamento de Derecho Político de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y Secretario de su Escuela de Práctica Jurídica, así como de la revista Teoría y Realidad Constitucional.

se incrementa el esfuerzo para rebatir esa tendencia no sólo cuantitativamente, mediante la creación de nuevas infraestructuras, y la provisión de nuevas plazas de funcionarios de prisiones, sino también cualitativamente, a través de una mayor y mejor formación, perfeccionamiento de los programas de prevención de suicidios con auxilio de algunos de los propios reclusos debidamente formados, etc.,³ pero se hace en una medida que la realidad tozudamente demuestra que es insuficiente en la práctica. Y aunque no puede ignorarse que los presos son ciudadanos de los que la sociedad en gran medida se desentiende y a los que no se presta oídos, y por ello no existe una presión social relevante para mejorar la situación, algo que queda más bien a la sensibilidad política, no cabe duda de que las imprescindibles mejoras mucho mayores en ese campo no sólo redundarían en un beneficio para los internos, sino que también, desde una óptica de puro utilitarismo social, tenderían de forma efectiva a esa resocialización efectiva de los reclusos (totalmente inefectiva en la actualidad), que ha de ser el objetivo principal de toda buena política criminal. El sistema actual, sin embargo, podríamos decir que no aspira más que a evitar una desocialización de los presos, lo que ni siquiera se consigue muchas veces, funcionando así las prisiones en ocasiones como viveros o escuelas de criminalidad. En este trabajo, no vamos a entrar, sin embargo, en la realidad que se esconde tras las rejas de las prisiones, y las múltiples carencias que hay en ese ámbito, incluso en el ámbito de los centros de reforma de menores de edad,⁴ algo común por lo demás a la mayoría de los países, sino que vamos a referirnos sólo a los aspectos centrales o más interesantes de la regulación de la ejecución de penas *privativas de libertad* en España, esto es, del Derecho penitenciario.

A estos efectos, antes de referirnos a esa específica cuestión, debemos destacar que los principios básicos de nuestro sistema penitenciario son los siguientes:

- **Legalidad:** las penas y las medidas de seguridad no pueden ejecutarse en otra forma que la prescrita por la Ley y los reglamentos que la desarrollan “ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto” (arts. 3,2 CP y 2 LOGP). Por ejemplo, como el nuevo CP, a diferencia del anterior, no prevé la redención parcial de penas por el trabajo, no cabe ya esa modalidad de cumplimiento (SAP Córdoba, Sección 2ª, de 2 de julio de 1999).

³ Por ejemplo, en tiempo reciente se han creado en determinadas prisiones los llamados “módulos de respeto”, que sería un programa de tratamiento que tiene como objetivo la implantación de espacios de convivencia en los centros penitenciarios, que posibiliten el tratamiento mediante la planificación de la actividad adecuada para cada interno, en un clima de convivencia normalizado y con la participación voluntaria de los internos, requisito básico para el buen desarrollo del programa, por medio de un “contrato terapéutico”. Se persigue en ellos lograr un clima de convivencia, tolerancia y respeto entre los participantes, interiorizar valores, lograr un clima general positivo. El programa se fundamenta en los principios de respeto mutuo, voluntariedad, planificación individualizada de actividades y tareas, organización en grupos e implicación de los funcionarios de vigilancia en coordinación con el equipo técnico del módulo.

⁴ Cfr. el reciente informe monográfico del Defensor del Pueblo sobre “Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social”, 2009. El Derecho penal aplicable a los menores de edad (14 a 18 años menos un día) se regula en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

- **Control jurisdiccional pleno:** como dice el art. 3,2 CP, “la ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales competentes”.

- **Progresividad y separación en grados:** como dice el art. 72 LOGP, “las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados”.

II.- PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

I.- Modalidades.

Posible suspensión o sustitución como beneficios penitenciarios

En primer lugar, debemos aclarar cuáles son las penas privativas de libertad en nuestro Derecho:

a) La prisión, que consiste en recluir al condenado en un establecimiento penitenciario privándole de su libertad ambulatoria y sometiéndole a un estricto régimen disciplinario y de vida, con una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años (como cumplimiento efectivo, sin perjuicio de que se puedan imponer penas sin límite alguno), excepcionalmente ampliable a veinticinco, treinta, treinta y cinco, y hasta cuarenta años para ciertos casos (arts. 70,3 y 76, con carácter general); el quebrantamiento de esta pena es un delito sancionado en el art. 468 CP.

b) La localización permanente en domicilio, que es una pena leve que se puede imponer por la comisión de ciertas faltas, con una duración máxima de doce días, y que consiste en permanecer, sin salir, por el tiempo fijado del propio domicilio o el lugar que fije el juez en sentencia, siempre distinto del domicilio de la víctima; o como sustitutiva de la pena de multa (impuesta por una falta o por un delito) en caso de impago, y en este caso ya sin límite alguno —véase apartado c)—; su control telemático se realiza mediante un sistema de verificación biométrica de voz. Su incumplimiento se sanciona en los arts. 37,3 y 468 CP.

c) La “responsabilidad personal subsidiaria” por impago de la pena de multa (art. 35 CP): en caso de impago de la pena de multa, el art. 53 CP establece que el penado podrá ser privado de dos días de libertad por cada cuota de multa que haya abonado, lo que puede hacerse incluso en fase de

ejecución aunque no se haya dicho expresamente en el fallo.⁵ En todo caso, cabe también la sustitución de la multa impagada por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (un día por cada dos cuotas diarias de multa impagadas), que es la única alternativa en materia de violencia de género (no se admite la sustitución por multa).

Debemos aclarar igualmente que, cuando se impone por un tribunal por sentencia firme, alguna de estas penas de privación de libertad, ello no lleva inexorablemente a su cumplimiento efectivo, sino que, cuando se trate de penas de duración relativamente breve (uno o incluso dos años), cabe la posibilidad de otorgar al penado la suspensión⁶ o la sustitución⁷ de dicha pena, que son beneficios penitenciarios que responden a la idea y finalidad de evitar el ingreso en prisión por un tiempo breve de delincuentes sin antecedentes, o al menos no habituales, por considerarse ello puede resultar adecuado por razones de política criminal, ya que el ingreso en prisión puede tener un efecto criminógeno y desocializador o, en el

⁵ SSTs de 4-3-04 y de 12-5-99. No sería contrario al principio de legalidad de las penas, porque se impuso una pena principal que legalmente conlleva esa responsabilidad personal subsidiaria, que no es preciso explicitar en el fallo.

⁶ La suspensión se regula en el CP (arts. 80 a 87), y tiene tres presupuestos: a) debe ser el primer delito cometido por esa persona; b) la pena a suspender no supere los dos años de privación de libertad; se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, aunque la mayoría de la jurisprudencia no exige este requisito cuando el penado sea declarado insolvente y, fuera de ese caso, incluso se admite simplemente si ha empezado a abonar las responsabilidades civiles de un modo que se estime razonable. Si se dan estos tres requisitos mínimo, el juez (sentenciador) puede conceder la suspensión, pero tiene una gran discrecionalidad para ello, aunque los criterios a los que debe atender son dos: la peligrosidad de reincidencia criminal del sujeto; y la existencia de otros procesos penales contra él; en el caso de delitos perseguibles sólo a instancia de parte, el juez tendrá que oír al perjudicado (así se hace en materia de violencia familiar también). El plazo de la suspensión puede ir desde los dos a los cinco años. Si el sujeto delinque durante ese plazo o incumple otros deberes que se le impongan durante la suspensión, se le revocará el beneficio y cumplirá la pena íntegramente; si no comete ningún delito durante ese plazo, se produce la remisión de la pena. Hay un régimen extraordinario para los toxicómanos, cuando se acredite por centro autorizado que está deshabitado o sometido a tratamiento para ello: 1) se pueden suspender penas de hasta cinco años (y no sólo hasta dos); 2) se puede conceder incluso a los delincuentes reincidentes y hasta a los "reos habituales"; 3) el plazo de la suspensión va de los tres a los cinco años; 4) se le debe imponer al sujeto un deber de seguir el tratamiento de deshabitación o no recaer en el consumo; y 5) el juez, a la vista de los informes, tras oír a las partes y el dictamen del Médico Forense, decide discrecionalmente si otorga o no el beneficio. También hay un régimen completamente extraordinario para los condenados que sufren una enfermedad muy grave con padecimientos incurables: en este caso, el juez puede otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a ningún tipo de requisito, salvo que al reo se le hubiera suspendido ya otra pena por el mismo motivo en el momento de la comisión del delito.

⁷ Los jueces sentenciadores pueden sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia o en un Auto posterior, una pena privativa de libertad, antes de iniciar su ejecución, bien por una pena de multa (dos días de multa por cada día de privación de libertad), lo que no es posible en materia de violencia de género; bien por una pena de trabajos en beneficio de la comunidad (un día de trabajos por cada día de privación de libertad, requiriéndose siempre la conformidad del penado). Deben darse estos requisitos: a) que la pena de prisión no exceda de un año; b) no sean reos habituales (tres o más delitos habituales); c) que las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen. El juez sentenciador decide discrecionalmente. La mayoría de la jurisprudencia entiende que este beneficio es subsidiario de la suspensión, y se puede otorgar sólo cuando no proceda o no se le otorgue esta última, y no compete al penado elegir según su conveniencia cuál de los dos beneficios prefiere. Hay un régimen excepcional para extranjeros no residentes legalmente en España (sustitución por expulsión para penas inferiores a seis años; o para las superiores una vez que hayan cumplido en España la mayor parte); y para los casos en que de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que la prisión frustraría los fines de prevención y reinserción social de la pena (en este caso, además, se pueden suspender las penas de hasta dos años de privación de libertad). En caso de incumplimiento de la pena sustitutiva, en todo o en parte, se ordenará la ejecución de la pena sustituida privativa de libertad, descontando el tiempo que corresponda por la pena sustitutiva cumplida, en su caso.

mejor de los casos, nada socializador. Son una concreción del principio constitucional de la resocialización como fin de la pena (art. 25 CE).

2.- La ejecución

A) Sistema progresivo, separación-clasificación en grados

El sistema de ejecución de las penas privativas de libertad se basa, como hemos dicho, en la clasificación por grados, a los que se asigna un determinado régimen y también, en principio, un concreto establecimiento penitenciario. La ejecución se divide en distintas etapas y en cada una de ellas, progresivamente, se van otorgando al recluso mayores ventajas y beneficios; en general, los períodos serán los siguientes: 1.- Aislamiento para observar y clasificar al preso; 2.- Vida en común con actividades formativas; 3.- Fase de "pre-libertad" en la que se conceden "permisos de salida"; 4.- Período de libertad condicional o bajo palabra.

El Reglamento Penitenciario dice que tras el ingreso los penados serán clasificados en grados. Los grados serán nominados correlativamente, de manera que el primero se corresponda con un régimen en el que las medidas de control y seguridad serán más estrictas, el segundo con el régimen ordinario y el tercero con el régimen abierto.

En concreto, los grados previstos legalmente son estos tres: a) Primer grado: Es el régimen que se aplica a los internos de "peligrosidad extrema" o "manifiestamente inadaptados" al régimen ordinario y se cumple en establecimientos de régimen cerrado; se cumplirá en celdas individuales, caracterizándose por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos (arts. 74,3 y 89 y ss); los internos peligrosos estarán en módulos de régimen cerrado, con cuatro horas de vida en común al menos, y los inadaptados en departamentos especiales, con tres horas de salida al patio al menos; b) Segundo Grado: Es la modalidad ordinaria de ejecución de la pena, que se cumple en establecimientos penitenciarios de régimen ordinario, que se rigen por los principios de seguridad, orden y disciplina; se aplica también a los presos preventivos y a los condenados que no hayan podido ser clasificados todavía; el trabajo y la formación son actividades básicas, tienen dos horas diarias para asuntos propios y ocho para descanso nocturno; c) Tercer Grado: Se cumple en establecimientos de régimen abierto en sus diversas variantes, con atenuación de las medidas de control y vigilancia, fomentando la autorresponsabilidad, la normalización social y la integración del interno (art. 83,2 RP); la permanencia en el Centro es de ocho horas diarias, generalmente nocturnas, cuatro noches por semana, disfrutando de permisos de fin de semana y días festivos; disponen de permisos ordinarios y extraordinarios de salida; cabe incluso no tener que acudir a ningún centro salvo para evaluación y examen, estando el interno controlado mediante dispositivos telemáticos La

clasificación del interno en uno u otro grado se hará tras un examen científico individual del mismo (personalidad, incluyendo su historial individual, familiar, social y delictivo; el tratamiento, su evolución; duración de la pena impuesta; medio al que probablemente retornará; recursos con que contará para el éxito del tratamiento, etc), que se repetirá cada seis meses, para reconsiderar su clasificación anterior; que siempre es reversible si existe una evolución desfavorable de la personalidad del recluso; cualquier recluso puede ser clasificado en cualquiera de los grados, salvo el de libertad condicional, sin haber antes pasado por los inferiores.

B) Establecimientos penitenciarios

La clasificación de los establecimientos penitenciarios sería la siguiente: I.- Preventivos; II.- Cumplimiento: a) Régimen cerrado; b) Régimen ordinario; c) Régimen abierto; d) Centros mixtos; e) Departamentos para jóvenes; III.- Establecimientos especiales: a) hospitales; b) Centros psiquiátricos; c) Centros de rehabilitación social.

C) Cómputo en el caso de presos que cumplen una pena y al mismo tiempo son preventivos por otra causa (los “penados mixtos”): un recientemente acuñado “2 x 1”

Tradicionalmente, hasta hace poco tiempo, cuando un preso cumplía una condena por un delito que había cometido pero al mismo tiempo estaba en situación personal de prisión preventiva por otro delito (antes de haber sido juzgado y en su caso condenado mediante sentencia firme, incluso aunque hubiera una sentencia condenatoria, pero todavía sin fuerza de cosa juzgada), el tiempo que pasaba en prisión sólo se le computaba para la pena a la que había sido condenado por sentencia ya firme, pero no se abonaba con relación al proceso en que se había acordado su prisión provisional, una vez que, en su caso, fuera condenado en el mismo a pena de prisión. Son los conocidos en el ámbito penitenciario como “penados mixtos” (frente a los penados puros, que sólo cumplen condena).

Sin embargo, esta situación ha variado a partir de la importante STC 57/2008, de 28 de abril⁸, que viene a resolver, en la línea de la STC 19/1999, de 22 de enero, una duda que planteaba el art. 58 del Código Penal para los casos en que coincide que un interno en un centro penitenciario esté **simultáneamente**, durante un lapso de tiempo determinado, cumpliendo condena penal firme (como penado) por una causa y como preso preventivo por otra causa (pendiente de sentencia o, al menos, de recurso). El art. 58 decía: “el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas

⁸ Cfr. MONTERO HERRANZ, TOMÁS, “La evolución en los criterios de individualización de la pena: la Sentencia 57/2008 del Tribunal Constitucional” (RTC 2008, 57), *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 759/2008; Martín Pallín, José Antonio, “Un recluso con doble personalidad”, *Diario La Ley*, N° 7142, Sección Doctrina, 25 Mar. 2009, Año XXX, Ref. D-100.

impuestas en la misma causa en que dicha privación haya sido acordada". Pues bien, frente a la tesis de los tribunales penales ordinarios, el TC va a considerar que ese lapso de tiempo tiene que abonarse no sólo en la causa en la que cumplía condena, sino también en la que estaba preso preventivo si finalmente fuera condenado en esta también, ya que, de otro modo, se vulneraría el derecho fundamental a la libertad por alargamiento ilegítimo de la situación de privación de libertad. Se instaura, así, para tales casos por el TC un curioso "2 x 1", en principio chocante. El argumento fundamental para ello es el siguiente: en primer lugar, se trata de una situación muy frecuente,⁹ y el legislador, consciente o no de ello, en todo caso no la ha regulado de manera especial, sino que la reglamentación es la general del art. 58 CP citado antes y del que hay que partir (aunque el legislador puede adoptar también una regulación distinta); en segundo lugar, la "medida cautelar" de prisión provisional y la "pena" de prisión cumplen funciones enteramente distintas;¹⁰ en tercer lugar, y esto es decisivo, no puede considerarse que, en la situación de coincidencia temporal en una misma persona de prisión provisional por una causa y de ejecución de pena de prisión por otra, la prisión provisional no afecte realmente a la libertad,¹¹ pues lo cierto es que el penado, durante el cumplimiento de su condena, se ve directa y perjudicialmente limitado por el hecho de coincidir su condena con una situación de prisión preventiva acordada en otra causa, ya que no puede acceder a un régimen de semilibertad, no puede obtener permisos de salida ni puede obtener la libertad condicional, que son derechos del penado pero no del recluso preventivo, dada la naturaleza de la prisión provisional, que sobre todo trata de asegurar la presencia del inculpado para el juicio.

El primer problema que ello plantea es evidente: aun siendo cierto que la prisión provisional y la prisión acordada como condena firme responden a funciones y finalidades muy diversas, no puede negarse que, cuando se dé la situación de que una misma persona esté en prisión como preso preventivo por una causa en la que no haya sido juzgado todavía (o que esté pendiente de recurso, al menos) y al mismo tiempo esté en reclusión en cumplimiento de una pena de prisión impuesta en otra causa distinta por una sentencia ya firme, cada día de privación de libertad, mientras se dé esa coincidencia, "valdrá por dos", pues se le abonará en las dos causas, pese a que materialmente sólo sea un único día, lo cual no parece materialmente del todo justo, incluso aunque la restricción de la libertad sea mayor; como expone el TC, por concurrir la pena de prisión con la reclusión preventiva.

⁹ No se disponen de datos cruzados que permitan conocer el número de presos preventivos que simultáneamente cumplen pena de prisión, pero sí que, a fecha 27 de marzo de 2009, el número de reclusos en España era de 75.093, de los cuales 17.419 eran presos preventivos (23,2%).

¹⁰ La prisión provisional es una medida cautelar de naturaleza personal que tiene como primordial finalidad asegurar la disponibilidad física del imputado hasta que pueda ser juzgado; su régimen penitenciario parte de la "presunción de inocencia". En cambio, la pena de prisión persigue sancionar al autor de un delito, condenado por sentencia firme, prevenir la comisión de nuevos delitos, y reinsertar a aquel socialmente; su régimen penitenciario se basa en que la condena ha enervado su presunción de inocencia.

¹¹ El Fiscal había esgrimido el sorprendente argumento que la prisión provisional, cuando coincidía en el tiempo con el cumplimiento de pena de prisión, era una privación de libertad meramente formal o virtual.

Además, parece que, en principio, si una persona está como preso preventivo por varias causas simultáneamente (por ejemplo, cinco robos con fuerza), habría que computársele ese período de prisión provisional simultánea en cada una de las causas (si finalmente se le condena por las cinco), con lo cual cada día de prisión le valdrá por tantos días como causas en las que esté preso preventivo. Y de ello se deriva asimismo otro problema práctico: que se produzca el efecto anterior podrá depender de algo frecuentemente tan circunstancial y contingente como que las causas no se acumulen, pues de acumularse todas las causas (por los cinco robos) en una sola y acordarse prisión provisional en la misma, el período de reclusión preventiva sólo se abonará por una de las penas; mientras que si no se acumulan, por no ser posible jurídicamente o por descoordinación, pese a que materialmente la situación es idéntica, el tiempo de prisión provisional se le abonará para cada una de las penas. Esto es algo que deberá aclarar la jurisprudencia, constitucional y ordinaria.

Por otro lado, esto puede ser tenido en cuenta por los jueces instructores, y puede llevarles, a efectos de evitar ese “2 x 1”, a ser más restrictivos a la hora de acordar la prisión provisional en una causa de una persona que esté ya como penado (condenado por sentencia firme, por tanto) en otra causa, aunque ello conlleve otros riesgos, sobre todo en la medida en que el penado acceda a permisos de salida y pueda sustraerse a la acción de la justicia en uno de ellos. Desde nuestro punto de vista, por lo demás, ese planteamiento sería completamente errado, pues ese “2 x 1” es, en la mayoría de las ocasiones, sólo otro efecto, contraproducente en cierto modo pero justo, de la lentitud de la justicia penal, que no debe evitarse por el expediente fraudulento, y pleno de riesgos, de no acordar en una causa una prisión provisional simplemente porque el imputado en la misma sea al mismo tiempo penado, a fin de evitar el “2 x 1”.

D) Libertad condicional

La libertad condicional es el último grado que existe en el sistema penitenciario, que permite al condenado a prisión cumpla el tiempo que le queda por cumplir en libertad aunque bajo el control de la Administración. Los requisitos generales que establece el art. 90 del Código Penal son: a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario; b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta; c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, según el informe final elaborado por el equipo técnico del Centro; d) haber satisfecho la responsabilidad civil¹². La Junta de Tratamiento es la que debe proponer

¹² En el caso de condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales deben cumplirse unas exigencias especiales, que es prácticamente imposible que puedan darse nunca, lo que equivale a que tendrán que cumplir sus penas (que en el caso de terroristas, pueden llegar hasta los cuarenta años efectivos) en su integridad y la libertad condicional es para ellos algo utópico, con lo que ello implica de fracaso del sistema. Esas exigencias son: a) que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado

al Juez de Vigilancia Penitenciaria la concesión de la libertad condicional, sobre lo que resuelve dicho Juez. Si el sujeto delinque durante la libertad condicional, o deja de observar las normas de conducta que el Juez puede imponerle, dicho Juez acordará su reingreso en prisión para que cumpla el tiempo de condena que le reste por cumplir (y en el caso de los presos por terrorismo, no se les computará el tiempo que hayan estado en libertad condicional).¹³

E) Especial referencia a la restricción de otros derechos fundamentales durante la reclusión

La Constitución española estableció una triple salvedad en la vigencia de los derechos fundamentales en prisión: las limitaciones derivadas del contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En las tres décadas transcurridas desde la aprobación de nuestra norma suprema han sido muchas las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en materia penitenciaria; más de un centenar largo de ellas, siendo irreal abordarlas aquí de forma exhaustiva. En todo caso, y sintéticamente, la analizaremos para mostrar las implicaciones que, en el disfrute de los derechos fundamentales del recluso, ha conllevado la singularidad de la relación entre el interno de un centro penitenciario y la propia Administración. Los derechos alegados por los reclusos en sus recursos a lo largo de estos años han sido múltiples y variados: de la recurrente tutela judicial efectiva al derecho a la intimidad, pasando por el derecho a la vida e integridad física, al secreto de las comunicaciones, a la libertad ideológica... e incluso al derecho a la libertad personal. Nos centraremos aquí en aquellos que entendemos que deben dar la pauta de la modulación de los derechos fundamentales en este ámbito.

Con relación al "derecho a la vida y a la integridad física y moral" hay que señalar que, sin temor a equivocarnos, las sentencias que, en materia penitenciaria, han sido objeto de mayor polémica han sido las conocidas sentencias sobre la alimentación forzosa de los GRAPO sobre las que tanto se ha escrito. Recordemos

los fines y los medios de la actividad terrorista; b) haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades. El problema está en que difícilmente podrá haber esa colaboración décadas después de haber ingresado en prisión, que es cuando podría acceder a la libertad condicional.

¹³ Se regulan supuestos especiales de libertad condicional en tres casos: a) por desempeño continuado de actividades laborales, culturales u ocupacionales (basta con haber cumplido las dos terceras partes de la condena); b) por desempeño continuado de dichas actividades y además intervención en programas de reparación o desintoxicación; c) respecto de penados que hubieran cumplido los setenta años de edad o la cumplan durante la condena o enfermos muy graves con padecimientos incurables (supuesto que tiene su origen en la STC 48/1996 y responde a evidentes razones humanitarias y de prevención especial, por el bajo nivel de peligrosidad de estos presos): el juez valorará si el sujeto tiene o no peligrosidad o dificultades para delinquir, entre otras cosas.

que fue a finales de la década de los ochenta cuando un numeroso grupo de presos pertenecientes a este grupo terrorista inició una huelga de hambre con la que pretendían la consecución de determinadas reivindicaciones, entre las que se contaba el reagrupamiento de los presos de la banda en un mismo centro penitenciario. El problema suscitado, con el mantenimiento prolongado de dicha huelga, no era otro que analizar la posibilidad o imposibilidad de proceder a una alimentación forzosa por parte de la Administración penitenciaria en los supuestos que se considerara que peligraba la vida de esos reclusos, sobre la base de la obligación por parte de esta de velar por la vida, integridad y salud de los internos. ¿Sería posible compatibilizar dicha actuación con las previsiones del artículo 15 de nuestro texto constitucional (todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral)? El Alto Tribunal, apuntó la imposibilidad de admitir que la Constitución garantice “el derecho a la propia muerte” careciendo en consecuencia de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva en los supuestos de huelga de hambre analizados contraviniera ese derecho constitucional inexistente pues el derecho a la vida tendría “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. Así, desde la perspectiva del derecho a la vida, la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial recurrida en amparo no vulnera para aquél dicho derecho, “porque en éste no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida, ni es constitucionalmente exigible a la Administración penitenciaria que se abstenga de prestar una asistencia médica que, precisamente, va dirigida a salvaguardar el bien de la vida que el artículo 15 de la Constitución protege”. Siendo la vida un bien integrado en el círculo de su libertad, el hecho de que la persona pueda disponer tácticamente sobre su propia muerte no es sino una “manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe” mas en ningún caso “un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir; ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador; que no puede reducir el contenido esencial del derecho”. Por lo que a la integridad física y moral hace referencia se señala que con el cumplimiento de ese deber del Estado no queda degradada en tanto que “la restricción que constituye la asistencia médica obligatoria se conecta causalmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» y «supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible». A la sentencia se le interpusieron dos interesantes votos particulares, con los que coincidimos en buena medida, en los que sin dejar de poner se manifiesto la “situación límite” abordada en la sentencia, apuntaban el mismo grado de voluntariedad en la recepción de un tratamiento médico y sanitario por parte del recluso que el que tendría una persona no privada de su libertad.

Junto a esta cuestión el Alto Tribunal ha debido abordar en diferentes ocasiones tanto cuestiones atinentes a la progresión en grado, concesión de libertad condicional, por ejemplo, en casos en que el recluso padece una enfermedad incurable, como la eventual afección de medios de seguridad y control (rayos X o eventuales cacheos) en la integridad física y moral de aquel. Asimismo, las implicaciones que en este derecho conlleva la denegación de comunicaciones íntimas al recluso, de determinados tratamientos y la propia sanción del aislamiento en celda del mismo.

De igual forma, aunque se escapa del objeto estricto de estas notas, lo ha abordado con relación a la eventual concesión de extradiciones a determinados países.

La aplicación de determinadas formas o medidas, no ya los instrumentos específicos en orden a la consecución de dicha seguridad, también se encuentra en el fondo de otros supuestos de hecho conocidos por el Tribunal Constitucional.

Entrando ahora en el "derecho a la intimidad" debemos comenzar señalando que existe una muy difícil disociación entre la humanización de las penas, divisa del tratamiento penitenciario moderno y el necesario respeto de un derecho que, como la intimidad, está vinculado de manera directa con la dignidad de la persona, que, no olvidemos, es en nuestro ordenamiento fundamento del orden político y de la paz social.

Como expresó acertadamente nuestro Tribunal Constitucional la afección que la reclusión conlleva en la intimidad, reducida casi al ámbito de la vida interior, es sin duda una de las consecuencias más dolorosas de esa privación apuntada. Tanto es así que muchas de las actuaciones que de manera ordinaria se consideran privadas e íntimas, se encuentran no sólo expuestas al público, sino incluso necesitadas de autorización. Esta misma idea la reitera en múltiples sentencias posteriores con ocasión de diferentes cuestiones o situaciones potencialmente aflictivas de este derecho.

Como señaló el Tribunal Constitucional sin este derecho no es realizable, ni concebible la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental. Ahora bien, dentro de su carácter personalísimo y su ligazón a la propia existencia del individuo, obvio es señalar que no se trata de un derecho absoluto. La eventual limitación, no obstante, lógicamente deberá encontrarse justificada y realizarse en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad. Y en este punto es inexcusable apuntar, por último, el carácter cambiante y evolutivo de este concepto y su lógica interacción con otros derechos.

Dicho esto, dentro del amplio abanico de supuestos que cabría abordar, y siguiendo un orden lógico, habría que comenzar por el propio reducto físico en el

que el interno habrá de desenvolverse durante gran parte del tiempo, la celda. A partir de ahí, escalonadamente, cabría analizar otras cuestiones en las que puede verse afectado con mayor intensidad aquel derecho, así, con la aplicación de medidas de seguridad interior; en las comunicaciones del recluso, o con la asistencia médica obligatoria.

Con relación al principio celular hay que señalar que la práctica ha determinado que lo que se configura como una eventual limitación meramente temporal (celda compartida), pueda consagrarse de manera cuasi-permanente a causa de la masificación de los centros penitenciarios. En todo caso a juicio del Tribunal Constitucional ello no implica *per se* la vulneración de la intimidad del recluso. No puede hablarse, por tanto, un derecho subjetivo del recluso a la celda individualizada.

A nuestro criterio en estos casos ha resultado un tanto cicatera la argumentación del Tribunal cuando señala que no puede considerarse una vulneración de la intimidad del recluso sobre la base de que la reclusión afecta *per se* de forma indudable a la intimidad, y que la ley penitenciaria establece excepciones al principio celular. Ciertamente ello permite negar la existencia de un derecho subjetivo al alojamiento en una celda individual, pero no parece que pueda despacharse con tanta facilidad la importante afección a la intimidad del interno que ello conlleva, y que no parece ser consecuencia ineludible de la reclusión.

Respeto de los registros en celdas, cabe destacar que con independencia de la amplitud del concepto constitucional de domicilio, no es posible extender al ámbito penitenciario las exigencias de los registros domiciliarios. En todo caso el Tribunal Constitucional ha destacado que afecta al derecho a la intimidad del recluso “no sólo el registro de la celda, sino también la ausencia de información acerca de ese registro, que hace que su titular desconozca cuáles son los límites de su capacidad de administración de conocimiento”. Todo ello, partiendo de que la intimidad, entre otras facetas, es una reserva de conocimiento de un ámbito personal, administrado por su titular; que se ve devaluado si éste desconoce las dimensiones del mismo al desconocer la efectiva intromisión ajena; señala el Tribunal que “tal devaluación es correlativa a la de la libertad, a la de la calidad mínima de la vida humana, que posibilita no sólo el ámbito de intimidad, sino el conocimiento cabal del mismo”. Dicha afectación adicional “debe quedar también justificada —en atención a las finalidades perseguidas por el registro o en atención a su inevitabilidad para el mismo— para no incurrir en un exceso en la restricción, en principio justificada, del derecho fundamental”.

Referido lo anterior, no es preciso explicar ahora la necesidad de la existencia de medidas de seguridad en los centros penitenciarios; es la lógica consecuencia de las propias funciones de las instituciones penitenciarias, esto es, la retención y

custodia de los detenidos, presos y penados, que exige la preservación del orden y la seguridad en el centro penitenciario. No pocas de estas medidas han sido objeto de interesantes pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional. Ahora bien, desde la perspectiva del derecho a la intimidad únicamente lo han sido los cacheos con desnudo integral, realizados bien con ocasión de la celebración de comunicaciones especiales o el ingreso de un recluso procedente de otro centro penitenciario, bien por la práctica de determinadas análisis con fines probatorios. Estamos ante un supuesto de intimidad corporal que forma parte de la intimidad personal, debiendo tenerse presente que su ámbito constitucionalmente protegido no es una entidad física, sino cultural. No existe así una identidad entre el ámbito de la intimidad corporal y la realidad física del cuerpo humano. Han sido varias las ocasiones en que el Tribunal Constitucional ha conocido de la aplicación de estas medidas. En todas ellas, el *leit motiv* de la *ratio decidendi* ha sido el siguiente: “*incluso encontrándose en una relación de sujeción especial (..) una persona, contra su voluntad, no puede verse en la situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona, pues ello quebrantaría su intimidad corporal; si bien ha de recordarse que no es éste un derecho de carácter absoluto, sino que puede verse limitado cuando existe la necesaria justificación, y esta limitación se lleva a cabo en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad*”, añadiéndose en los supuestos en que, junto a la desnudez, se exigía la práctica de flexiones ante el funcionario, que dicho acto “*acrecienta la quiebra de la intimidad corporal que la misma situación de desnudez provoca, al exhibir o exponer el cuerpo en movimiento. Y ha de repararse (..) que por la posición inhabitual e inferior del cuerpo, respecto a quien imparte la orden durante las flexiones, ello entraña una situación susceptible de causar mayor postración o sufrimiento psíquico a quien la sufre*”.

Sin abandonar el concepto de intimidad corporal, es necesario apuntar igualmente las implicaciones que respecto de la misma puede revestir la asistencia médica obligatoria. En estas sentencias, paradigmáticas en la determinación de la relación de sujeción especial en el ámbito penitenciario, el Tribunal fue parco en sus reflexiones con relación al derecho a la intimidad. Caracterizada la intimidad corporal como la “*inmunidad frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona*”, no consideró que la alimentación forzosa fuera atentatoria de la misma. La intimidad personal no se vería así afectada ni por las partes del cuerpo sobre las que se actúa, ni por los medios a emplear, ni por la finalidad, ajena en todo caso a la adquisición de conocimiento alguno sobre el cuerpo, consideración que, cuando menos, podría calificarse de discutible, como así ha puesto de manifiesto un sector de la doctrina.

La aplicación de determinadas medidas de seguridad interior, con carácter previo o posterior a las comunicaciones especiales, no ha sido el único asunto del que ha debido conocer el Tribunal Constitucional con relación al derecho a la intimidad

personal y familiar del recluso respecto de este tipo de comunicaciones. También lo ha sido su propia configuración. Es obvio reseñar la importancia de los *vis a vis* o comunicaciones especiales del recluso, y muy significativamente las de carácter íntimo. El principal problema que han planteado desde su previsión no ha sido otro que su ámbito subjetivo; esto es, las personas que podrían participar en las mismas dentro de los “límites de credibilidad” del concepto de allegado. Recuérdese, a título de ejemplo, los debates moralistas –evidentemente superados–, acerca de si la relación admitida debía ser únicamente la heterosexual, la posibilidad de su realización en el caso de internos en establecimientos penitenciarios diferentes u otros de ese tenor. En todo caso, a día de hoy, con relación a dicho concepto se estará a lo manifestado por el interno en tanto que el número de los así calificados fuere razonablemente reducido, y que el interno formule, respecto del origen de la relación, alegaciones fiables y susceptibles de verificarse, siendo compatibles dichas comunicaciones íntimas tanto con las distintas opciones sexuales de los internos, como con el hecho de que los dos miembros de una pareja se encontraran en prisión.

Ahora bien, más allá de todo ello, y partiendo del dato cierto de que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, ¿cuáles son sus implicaciones con relación a estas comunicaciones? ¿en qué medida cabe hablar de ellas como tal derecho? La respuesta del Tribunal Constitucional a estas cuestiones fue clara: “lo que el Derecho puede proteger y el nuestro, afortunadamente, protege, es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres. Sin duda, una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior; quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas”. Tras ello continuaría apuntando que, “se pueden, tal vez, considerar ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere, pero esa condición no se da en la restricción o privación temporal de las relaciones íntimas con personas en libertad, relaciones que, precisamente por exigencias de lo dispuesto en el artículo 18.1 CE, han de desarrollarse, cuando son autorizadas, en condiciones que salvaguarden la dignidad de las personas implicadas (*con el mayor respeto a la intimidad*)”.

Abordando ahora el “derecho al secreto de las comunicaciones”, resta profundizar en la relevancia de las comunicaciones en este ámbito, pues es a todas luces evidente la necesidad de que el recluso pueda mantener con el exterior vínculos familiares o de amistad que indudablemente tienen una inmediata vinculación con los propios fines de la reeducación y reinserción social. El interno, a través de las mismas, como ha subrayado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional, no queda reducido al mundo carcelario pudiendo relacionarse con el exterior; preparándose así para su futura vida en el seno de la sociedad. Una cuestión que ha sido objeto de múltiples

pronunciamientos por parte de nuestro más Alto Tribunal, habiéndose asentado un importante cuerpo jurisprudencial. En este caso, tanto desde la perspectiva del secreto de las comunicaciones del recluso *stricto sensu* como de su interlocutor. También, desde otra perspectiva, como hemos visto, a partir de un pretendido derecho a un concreto tipo de comunicaciones o desde las implicaciones que la forma de realización o acceso de determinadas comunicaciones puede conllevar en otros derechos, así, en la intimidad personal y familiar; etc. En todo caso, perfilando con claridad en unas y otras la distinción entre la intervención de las comunicaciones en general o de las específicas, y ya de forma más concreta, la afección que las previsiones del artículo 25.2 del texto constitucional determinan en el derecho consagrado por el artículo 18.3 del mismo cuerpo, esto es la garantía del secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. Y, claramente vinculado a ello, repitamos, en el derecho a la intimidad personal y familiar recogido en el apartado primero del artículo 18 del texto constitucional, más allá del carácter formal del concepto de secreto.

Las comunicaciones del recluso pueden verse afectadas de tres formas: incomunicación judicial, suspensión e intervención. Este último, que es la que ahora nos ocupa, implica el control de las comunicaciones, bien mediante su escucha y eventual grabación bien mediante su apertura y lectura. Tres son también las causas que pueden originar legítimamente alguna de las actividades anteriores; razones de seguridad, interés del tratamiento y buen orden del establecimiento.

El Tribunal Constitucional ha reiterado la importancia y necesidad de la motivación de la medida de intervención tanto porque permite acreditar las razones justificadoras de la medida restrictiva como por ser el único medio para proceder a la constatación de que la “ya limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un centro penitenciario no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva”. El acuerdo de intervención debe notificarse al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Aunque no se ha prescrito ningún plazo para realizarla, hay que considerar en buena lógica que debe hacerse de manera inmediata. En caso contrario, resultaría viciado el carácter garantista de dicha notificación. La limitación temporal de la medida de intervención adoptada no es un requisito contemplado expresamente ni en la Ley ni en el Reglamento Penitenciario. Ha sido el propio Tribunal Constitucional el que, en paralelismo con las previsiones de la prisión provisional –siempre dentro del máximo legal que ésta prescribe–, lo ha configurado como previsión inexcusable.

Parece innecesario abundar en el carácter singular de las comunicaciones, con abogados o procuradores no en vano, junto a la garantía de su secreto, se solapa indefectiblemente el derecho a la defensa y a la asistencia letrada; hecho que determina un plus de rigor a la hora de su eventual intervención, aunque lógicamente

queda sujeta a una serie de condiciones al efecto de verificar la existencia de esa relación. La intervención de estas comunicaciones, por su carácter singular, precisa autorización judicial, siendo posible únicamente en supuestos de terrorismo.

El “derecho a la información” del recluso también ha sido abordado en varias resoluciones del Tribunal Constitucional tanto por la incomunicación del recluso sujeto al régimen del artículo 10 de la LOGP como por la retención de determinadas revistas o libros (en este último caso coincidía como elemento subjetivo el hecho de la pertenencia a banda terrorista). El Alto Tribunal ha desestimado en los diferentes supuestos que se haya producido esta afección. En el caso de la retención de publicaciones es interesante reseñar que en unos casos se ha producido alegándose razones de seguridad y apelándose en otro a elementos de reeducación y reinserción.

Respecto del “derecho a la tutela judicial efectiva”, apuntó tempranamente el Tribunal Constitucional que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, *con ciertos matices*, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, proyectándose las garantías procedimentales de este complejo artículo 24 sobre las actuaciones que estuvieren dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración. Esa proyección, por causa –lógicamente– de las evidentes diferencias entre uno y otro orden sancionador, no debe hacerse mediante una aplicación literal sino “en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución». Son de aplicación, por tanto, el derecho de defensa, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a la presunción de inocencia, etc.

No tardó demasiado tiempo en llegar hasta el Alto Tribunal un supuesto de estas características, planteándose en el primer supuesto el momento a tener en cuenta con ocasión de la presentación del escrito de un recurso. El Tribunal, acertadamente, partiendo de la imposibilidad fáctica de la presentación personal del recurso en el Registro General del Tribunal Supremo, consideró que hay que entender presentado el escrito –a los efectos legales oportunos– en el mismo momento en que el interno procede a la entrega del mismo a la Administración penitenciaria. A partir de esa primera sentencia, ni que decir tiene que en la mayor parte de los recursos presentados por internos se ha alegado de forma continua este “comodín” artículo 24, cuestión habitual en los recursos de amparo, que son los que ocupan la práctica totalidad del tiempo de nuestro Tribunal Constitucional; recurso convertido (subvertido, podríamos decir) en una suerte de supercasación frente a cualquier tipo de resolución judicial definitiva.

Veámoslo brevemente, aunque con la advertencia previa de que no pretendemos en modo alguno realizar un análisis exhaustivo de todos y cada uno de estos específicos

puntos, en tanto que no es nuestra intención abordar un estudio en conjunto sobre este derecho sino simplemente su aplicabilidad al ámbito que nos ocupa donde se haría, como hemos señalado, con ciertas matizaciones y especificidades.

Comencemos por el primero de sus apartados (la mayor parte de las sentencias, obvio es señalarlo, se han producido con su invocación), el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión, derecho que, como ha venido señalando de forma reiterada el Tribunal Constitucional, tiene su núcleo en el *acceso a la jurisdicción*. Ha habido supuestos donde se ha alegado así la vertiente de acceso a los recursos por ejemplo con ocasión del recurso de un auto de un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria confirmatorio de la denegación de un permiso de salida por el centro penitenciario en donde aquel se encontraba interno. En el caso concreto, al error del auto en el que se indicaba la inexistencia de recurso alguno frente al mismo se añadía el dato de que el interno actuaba sin asistencia letrada y en consecuencia sin posibilidad de obtener asesoramiento técnico. O por la devolución de un escrito al interno recurrente sin cobertura legal para ello en la legislación procesal privándose a este irrazonablemente de un recurso de queja. O, más recientemente, por la falta de contestación a un escrito solicitando un pronunciamiento expreso, etc..

También se han planteado evidentemente cuestiones atinentes al *derecho a un proceso debido con todas las garantías*; así, ejemplificativamente, la prohibición de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Se cuentan igualmente resoluciones que abordan la *intangibilidad o inalterabilidad de las resoluciones judiciales firmes* consecuencia de la garantía procesal de la cosa juzgada material entre las que están las de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

Tenemos que hacer referencia por último a esa suerte de cláusula de cierre que es la *prohibición de indefensión* recogida en este primer apartado del artículo 24, teniendo en cuenta que una indefensión “constitucionalmente relevante” no tiene lugar en todo supuesto en que hubiera alguna vulneración de normas procesales sino únicamente “cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella”; es preciso así el respeto de los principios de audiencia, contradicción e igualdad.

Por lo que hace referencia a la vulneración del *derecho a un proceso sin dilaciones indebidas* garantizado en el artículo 24.2, son también múltiples las sentencias existentes, mas siempre lógicamente a la vista (en coincidencia con la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este punto) de la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de litigios del mismo tipo, el interés

del demandante en amparo, su conducta procesal y la de los órganos judiciales y autoridades.

Como ha reiterado en numerosas sentencias el Tribunal Constitucional, tanto de forma general, como aplicado al ámbito que nos ocupa, determinados supuestos de falta de respuesta judicial en el proceso a las cuestiones planteadas por las partes en el mismo constituyen “denegaciones de justicia” vedadas por el artículo 24.1. Dicho “vacío de tutela judicial con trascendencia constitucional se produce, en esencia, cuando una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste”.

El *derecho a ser informado de la acusación*, como garantía del artículo 24.2 aplicable al procedimiento sancionador en el ámbito penitenciario, sirvió para estimar el amparo interpuesto por un recluso sancionado con aislamiento en celda, al que se hizo una ilustración imprecisa e incompleta de los términos de la imputación. La garantía constitucional del *derecho de defensa* se cumple a criterio del Tribunal con el asesoramiento, mejor dicho, la posibilidad de asesoramiento prevista reglamentariamente -a través de abogado, funcionario del centro o cualquier otra persona designada por el interno, aquí, dentro de las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento-. Su vulneración procede en consecuencia de la obstaculización o impedimento injustificado de dicha posibilidad por parte de la Administración Penitenciaria.

Lo ha señalado así en un amplio número de sentencias, apuntando que si bien el derecho a la asistencia letrada, que no sería un derecho pleno, se refiere de forma primordial a los procesos judiciales, especialmente al proceso penal: “la Administración penitenciaria ha de permitir a los internos contar con asistencia jurídica en los procedimientos disciplinarios en forma y grado tal que pueda ser estimada proporcionada a la naturaleza de la falta imputada, a la sanción imponible y al procedimiento que se siga para decidir sobre su imposición”.

Con relación al elemento subjetivo de la “persona designada por el interno” en orden a realizar el asesoramiento, se cuentan casos en donde los internos recurrentes, miembros de una organización terrorista, solicitaron respectivamente su asesoramiento por otros internos, miembros también de la misma organización. La “forma” del asesoramiento resultó determinante en ambos supuestos. En el primero de ellos se respondió afirmativamente a la solicitud, en tanto que se prestara por escrito y en castellano; en el segundo, negativamente, alegándose razones de seguridad y buen orden del centro; aquí el interno no solicitó ni propuso que el asesoramiento pudiera realizarse de otra forma con ese mismo asesor o que se permitiera con una persona distinta, hecho que determinó la desestimación del amparo.

El *derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa* dentro del procedimiento disciplinario penitenciario se encuentra reconocido y reforzado, como así lo ha apuntado el Tribunal Constitucional, tanto durante la tramitación del expediente disciplinario (exigiéndose la motivación de la eventual denegación de las pruebas solicitadas), como, en su caso, ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (que podrá decidir practicar pruebas que hubieren sido denegados previamente en dicho procedimiento disciplinario). Recordemos que para que resulte fundada una queja sostenida en esta vulneración se precisa su solicitud en forma y momento oportuno, que la prueba sea objetivamente idónea para acreditar hechos relevantes y que sea decisiva en términos de defensa.

También el “derecho a la educación”, aunque mínimamente, ha sido abordado por nuestro Tribunal Constitucional a lo largo de estos años aunque con una cuestión sin trascendencia constitucional. Así, con ocasión de un recurso interpuesto por un recluso que consideraba que la decisión de la Administración Penitenciaria de no atender a sus requerimientos para instalar un ordenador portátil en su celda vulneraba su derecho a la educación; ordenador del que sí disponía en el anterior centro penitenciario en el que se encontraba recluso, autorizado mediante auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria correspondiente. El interés de la sentencia es en todo caso mínimo y radica esencialmente en ser la única ocasión en que se ha producido una alegación de este tipo: vulneración del art. 27.I de nuestra norma suprema en el ámbito penitenciario. La limitación alegada no era absoluta en tanto que se había ofrecido al interno recurrente la posibilidad de hacer uso de dicho ordenador en un local anejo, señalado a tal fin en las normas de régimen interior; al estar autorizado otro interno para servirse de su ordenador en la propia celda lo que imposibilitaría el uso de ambos. El Tribunal Constitucional, tras el lógico apunte a la vigencia de este derecho en los centros penitenciarios, señalará la necesidad de tenerse en cuenta su sujeción a necesarias “modulaciones y matices” que derivarían de las normas de régimen interior que regularían la vida del establecimiento.

Abordaremos por último el “derecho al trabajo”. Recordemos que de entre las previsiones recogidas constitucionalmente respecto del ámbito penitenciario sorprende la determinación de que “en todo caso” tendrá derecho el interno a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social. El Tribunal Constitucional sobre esta cuestión ya vino en apuntar que no nos encontramos ante un “derecho subjetivo perfecto del interno frente a la Administración” aunque tampoco ante “una mera declaración dirigida a destacar la obligación positiva de la Administración Penitenciaria de procurar al interno el efectivo disfrute de ese derecho” en tanto que aquí contamos con una “exigencia complementaria de la garantía fundamental de la participación en esa actividad de prestación de la Administración”. Predomina así en el derecho al trabajo del interno

su faceta o carácter de derecho a prestación en cuanto que para hacerlo efectivo exige la organización de un sistema de tal carácter prestacional.

Se contempla así desde dos perspectivas diversas; por un lado, desde la “obligación de crear la organización prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo”, por otro, desde el “derecho de éstos a una actividad laboral retribuida o puesto de trabajo dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente”.

La titularidad subjetiva del interno sería, en consecuencia, de “eficacia limitada a las posibilidades materiales y presupuestarias del propio establecimiento”, así, para el interno (introduce aquí el Tribunal la oportuna vía de escape) es un “derecho de aplicación progresiva, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata”.

Ello en adecuada (e insuficiente) conjunción con el mandato al legislador para que “atienda a la necesidad de pleno empleo de la población reclusa, según las posibilidades socioeconómicas y sin perder de vista, precisamente, la indicada finalidad reeducadora y de reinserción social, que por disposición constitucional, tiene la pena”, que no puede consistir en trabajos forzados.

Un derecho que se inserta naturalmente “en los fines de reeducación y reinserción social a los que por exigencia constitucional deben orientarse las penas privativas de libertad y, en tal sentido, son derechos de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra en función de los medios que la Administración Penitenciaria tenga en cada momento, no pudiendo, por tanto, ser exigidos en su totalidad de forma inmediata en el caso de que realmente exista imposibilidad material de satisfacerlos”. La posibilidad de que un amparo sea estimado por esta causa debe derivar en consecuencia de la existencia de un “puesto de trabajo adecuado disponible en la prisión, y que al mismo tuviera derecho el solicitante de amparo dentro del orden de prelación establecido, para el caso de que no existan puestos de trabajo remunerados para todos”.

III.- EXTINCIÓN DE LA PENA. DOCTRINA PAROT

La extinción de la pena se regula en el art. 130 CP, que establece las causas de extinción, que suponen que el Estado renuncia a sancionar una conducta por razones de justicia material o de política criminal: a) la muerte del reo; b) el cumplimiento de la pena; c) no delinquir durante el plazo por el que se hubiera suspendido la pena privativa de libertad, cuando se hubiera otorgado dicho beneficio penitenciario al penado; d) el indulto; e) el perdón del ofendido en ciertos delitos o faltas que se

consideran privados; f) la prescripción del delito (la ley establece plazos tanto más largos cuanto más grave sea el delito cometido).

Una cuestión importante con relación a la prescripción se ha planteado recientemente a raíz de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en un asunto en materia de terrorismo, conocida como “doctrina Parot”. El CP de 1973, aplicable a este caso, establecía como límite máximo para el cumplimiento de las penas privativas de libertad acumuladas en una causa “el triple de la pena más grave” sin exceder del máximo absoluto de los 30 años (art. 70). Pues bien, la STS 197/2006, de 28 de febrero, al resolver un recurso frente a un Auto de la Audiencia Nacional, aparte de que considera que la acumulación que la Audiencia había realizado estaba mal calculada, fija la doctrina de que la redención (reducción) de las penas por el trabajo que el CP de 1973 establecía se deben aplicar no sobre los treinta años que se les haya podido imponer como límite máximo, sino a cada una de las condenas impuestas y que se hayan acumulado con los límites del art. 70, pues el límite absoluto de treinta años de cumplimiento efectivo que establece este artículo, y que se había impuesto al miembro de la organización terrorista ETA, Henri Parot, “no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente en otra de las resultantes de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento de un penado en un centro penitenciario”¹⁴; “el recurrente (...) deberá cumplir las penas que se le impusieron en distintos procesos en forma sucesiva, computándose los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente, con un máximo de ejecución de treinta años” (y no, por tanto, como hasta ese momento, al límite máximo de cumplimiento acordado).¹⁵

¹⁴ Ello en contraste con la jurisprudencia sostenida por el Tribunal Supremo desde hacía muchos años en el sentido de que la pena resultante de la acumulación de penas era “una pena nueva resultante y autónoma y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la ley...”.

¹⁵ Esta cuestión tenía mucha relevancia práctica en materia de terrorismo y de otros delitos graves juzgados conforme al CP de 1973, con mucha repercusión mediática, al prolongar considerablemente el tiempo efectivo de prisión de los condenados y, al margen del concreto problema de fondo de si la interpretación en que se basa resulta correcta (sobre todo, constitucionalmente), es reflejo de lo controvertido que, en nuestro criterio, resulta la admisibilidad en España, como en casi todos los países, de la retroactividad “contra reo” (sobre todo cuando es brusca y repentina, en contraste con una doctrina consolidada) de los giros jurisprudenciales en materia penal, pues nos parece que llevaba toda la razón Scalia cuando decía, en su contundente voto disidente en el asunto *Wilbert K. Rogers, Petitioner v. Tennessee* del Tribunal Supremo estadounidense, que “la decisión de hoy da lugar [...] a una Constitución curiosa, que sólo le podría gustar a un juez. Se trata de una Constitución bajo la cual, en virtud de la cláusula que prohíbe leyes *ex post facto*, los representantes elegidos por el pueblo no pueden, de modo retroactivo, convertir en asesinato lo que no era asesinato cuando tuvieron lugar los hechos; pero sí pueden hacer exactamente eso los jueces no elegidos por el pueblo”

EJEMPLO QUE EXPONE LA PROPIA SENTENCIA¹⁶

	PENAS	LÍMITE MÁXIMO	LÍMITE MÍNIMO
Condenado por hechos conexos, a 3 penas	1ª pena: 30 años	Triple de la más grave, que no podrá exceder de 30 años, por lo que en este caso el máximo de cumplimiento es 30 años	Sucesivo, de más a menos grave: 30 años, luego 20 y luego 10 años, sin exceder de 30
	2ª pena: 15 años		
	3ª pena: 10 años		

SI SE APLICA LA DOCTRINA PAROT	SI NO SE APLICA LA DOCTRINA PAROT
REDENCIÓN: se aplica a cada una de las penas individualmente	REDENCIÓN: se aplica al límite máximo de cumplimiento
Si redime 10 años ($30 - 10 = 20$) a los 20 extingue la primera pena, pasando a cumplir la segunda. Si redime 5 años ($15 - 5 = 10$), la extingue a los 10. Como ha alcanzado el límite de 30 años ($20 + 10$) deja de extinguir la tercera y es puesto en libertad a los 30 años	Si redime 10 años ($30 - 10 = 20$), extingue la pena total y puede salir en libertad a los 20 años de cumplimiento
CONSECUENCIA	
En el ejemplo el reo sólo cumple las dos primeras condenas (descontando la redención), pero el reo está privado de libertad el tiempo máximo que permite el código penal, y extingue algo más de la mitad del total de condenas (un 54,54%)	En el ejemplo el reo está privado de libertad 20 años, menos que el plazo máximo permitido por el Código Penal, cumpliendo sólo dos tercios de la primera condena y extinguiendo únicamente algo más de un tercio del total de condenas (un 36,36%)

¹⁶ Cuadro tomado de PABLO SANJUÁN GARCÍA, "La redención de penas en la acumulación de condenas: la 'doctrina Parot'", *Lexnova: La Revista*, núm. 54 (2008), p. 27.

LA PREVARICACION

PREVARICATION

Rev. boliv. de derecho n° 8, julio 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 170-191



Pedro
GARECA

RESUMEN: El artículo analiza el delito de prevaricato en el que el sujeto activo es un Tribunal Colegiado. Así como, si se trata de un delito de actividad, lesión o resultado.

PALABRAS CLAVE: Prevaricación, Tribunales Colegiados, responsabilidad contra tribunales.

ABSTRACT: This article studies the criminal offense of prevarication in cases in which the prevaricator is a collegian court; it also studies if this is a criminal offense by activity, damage or results.

KEYWORDS: Prevarication, Collegian Courts, Responsibility of Justices.

SUMARIO: Introducción.- La función de Tribunales Colegiados en la prevaricación.- La prevaricación concebida como delito de simple actividad y lesión.- La doble faceta del Juez o Magistrado.- El juicio de responsabilidad contra Tribunales.

I. INTRODUCCIÓN

En un tema de extremada fragilidad y de entorno espinoso, cualquier enfoque que se pretenda esbozar ha de resultar insuficiente para desglosar el estudio de la prevaricación en sede jurisdiccional.

Por eso, el enfoque que mayor aproximación nos ofrecerá para lograr el acometimiento de nuestro objetivo, será el de la perspectiva doctrinal y legal de esta figura delictiva que pudiera surgir en la diversidad de resoluciones que emiten los Tribunales Colegiados que en lo formal integren el Poder Judicial o, en su defecto que en lo material ejerzan funciones jurisdiccionales por estar regulados por una Ley Orgánica Especial.

Las circunstancias son especiales, si en el país se viene substanciando actualmente un Juicio de Responsabilidad contra cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional, y en etapa en que la Honorable Cámara de Diputados ha emitido la Resolución de Acusación N° 049/2007 de 22 de agosto de 2007, mediante la cual se acusa a los Magistrados por la presunta comisión de los delitos previstos en los artículos 173 y 161 del Código Penal y se dispone la suspensión en el ejercicio de sus cargos, en aplicación del artículo 23 de La Ley Procesal para el Juzgamiento de Autoridades del Poder Judicial y del Fiscal General de la República N° 2623. Ejecución de suspensión que es encomendada a la Policía Nacional vía Ministerio de Gobierno, a efecto de que se impida el ingreso a las dependencias del Tribunal Constitucional a los cuatro Tribunales suspendidos.

Con este breve preámbulo, daremos una mirada en primer término al desarrollo de la doctrina en la temática que asumimos.

II. LA FUNCIÓN DE TRIBUNALES COLEGIADOS EN LA PREVARICACIÓN

En la doctrina se sostiene que para la realización de la prevaricación se requiere la concurrencia de una determinada cualidad personal y quien más que el Juez,

• **Pedro Gareca Perales**

Abogado y profesor de la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca. Fiscal General de la República y actualmente en función de Abogado Asistente de la Presidencia de la Corte Suprema. Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales. Autor de varios libros en materia constitucional y penal.

Tribunal y Fiscales del Ministerio Público, serían los sujetos activos que estarían encajados en la normativa legal del artículo 2º, numeral 40 de la Ley N° 1768 para cometer el injusto de la prevaricación; determinación en sentido estricto que no cierra las puertas a otros Tribunales que sin ser parte del Poder Judicial, podrían quedar comprendidos en el capítulo de delitos contra la administración de justicia.

Esta precisión que acabamos de deslizar desde la perspectiva estrictamente legal y la visión de la doctrina, nos trae a mano que la confianza judicialmente depositada por los ciudadanos en la justicia, dependa no sólo de la actuación de los jueces unipersonales, sino de los Tribunales Colegiados que en su desempeño pueden presentar características muy complejas cuando en un concurso de voluntades se inclinan por la infracción del injusto de la prevaricación.

En este segmento se incluyen los siguientes Tribunales Colegiados:

- Tribunal de Sentencia integrados por jueces técnicos y jurados ciudadanos,
- Las Salas de las Cortes Superiores divididas en: Penales, Civiles, Social-Administrativa ; Aduanera y Tributaria Coactiva.
- Las Salas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación divididas en: Civiles, Penales y Social-Administrativa.
- Corte Suprema en Sala Plena y,
- Tribunal Constitucional en Sala Plena.

Como es conocido la Ley prevé que el Juez, Vocal, Ministro o Magistrado a quien corresponda la causa por sorteo, asumirá la función de relator o ponente del auto, sentencia o resolución que hayan de someterse a consideración y discusión de los miembros integrantes del Tribunal, a efecto de que el Tribunal de luz en el plazo legal establecido por el Procedimiento y la Ley Especial a la resolución definitiva. Sin embargo, en este procedimiento podrían darse varios supuestos:

- a)** Que haya acuerdos para que las resoluciones sean votadas por unanimidad,
- b)** Que exijan los dos tercios para su aprobación o simple mayoría,
- c)** Que el relator o ponente por algún interés personal o para beneficiar a una de las partes o, a un tercero, dirija su proyecto de resolución haciendo creer a sus colegas que se trata de un estudio profundo con apariencia legal, pero visiblemente injusto y que consiga engañar a quienes tienen la obligación de leer, analizar y firmar posteriormente, cuando estén convencidos de su construcción jurídica conforme a la ley y al Derecho,
- d)** Que el ponente o relator haya sido con anterioridad juez, abogado, mandatario o fiscal en la causa cuya resolución se propone, lo que compromete su imparcialidad si no opta por excusarse o separarse conforme a ley. En este supuesto, es lógico pensar que su silencio en algún momento podría

ser el hilo conductor para sorprender a sus colegas con la suscripción de la resolución manifiestamente interesada, ilegal e injusta.

En los casos **a)** y **b)**, pensamos que no habría ningún problema que pudiera desencadenar una posible prevaricación; sino que tal probabilidad se concretaría en los supuestos **c)** y **d)**, sin que les pueda servir de excusa el haber firmado la resolución sin leer y analizarla previamente, que se preteje la excesiva carga procesal o, bien que estando presto a la hora de partir hacia otro departamento o país a cumplir una misión oficial no haya contado con el tiempo suficiente para darse cuenta de la gravedad de la injusticia. Para nada en estos casos es saludable fiarse de quien torciendo la ley en forma dolosa involucra a sus colegas en el engaño, que compromete iniciar no una medida disciplinaria de responsabilidad, sino de prevaricación por la conexión y falta de celo y rigurosidad en quienes la suscriben y disponen su notificación.

La exención de la prevaricación en los casos examinados, podría ser posible en caso de que uno de los miembros del Tribunal Colegiado formule voto de disidencia o voto particular fundamentado, por haberse percatado de la manifiesta ilegalidad e injusticia de la resolución del ponente o relator. No sería justo que se condene por prevaricato a quien no se ha visto involucrado engañosamente en la firma de la resolución; máxime si formula desacuerdo fundamentado y que el mismo formará parte de la resolución principal que define derechos e intereses de las partes, así como sus efectos. Se conviene entonces, en que responderán penalmente de la prevaricación, los Jueces, Vocales, Ministros y Magistrados que conocieran la arbitrariedad e injusticia, empero aún así deciden suscribirla.

La gravedad en estos últimos supuestos (c), y d), pudieran verse más complicada, si el relator o ponente de la causa, asumiera esta función sin haberse producido el sorteo como consecuencia de una alteración vedada en el turno u, otro factor que denote el interés de favorecer a alguien en detrimento de la correcta aplicación de la ley y el Derecho. Por eso, pensamos que el uso del sistema informático en el control de causas para sorteo y resolución, son un valioso auxilio que merece ser explotado, con la consiguiente selección de la idoneidad y experiencia de quienes deben manejar el programa y, así evitar situaciones embarazosas que inclusive pudieran derivar en el conocimiento de resoluciones por terceros, sin que se haya agotado la discusión y el análisis de la misma y hayan corrido las respectivas firmas y su inscripción en la Gaceta Judicial o Constitucional.

La mención de los Conjueces y Magistrados Suplentes que asumen los mismos deberes y derechos que los titulares en causas específicas para los que son convocados por imperio de la ley, indudablemente que asumen la responsabilidad penal en caso de intervenir sea como relatores o miembros componentes del Tribunal Colegiado, preparando resolución dolosa, contraria a la ley. De igual modo, podemos afirmar con

relación a la función que cumplen los jueces ciudadanos como parte del Tribunal de sentencia en los supuestos arriba expuestos. Creemos que ellos se presentan como los más expuestos y vulnerables al engaño doloso que pudieran ser inducidos por los proponentes técnicos de la sentencia, por su carencia de preparación técnico-jurídica y escasa experiencia en los procesos penales o, excesiva confianza en los jueces técnicos que tienen la obligación de fundamentar la sentencia. En resumen, los jueces ciudadanos al ejercer jurisdicción conjuntamente los jueces técnicos y al ser el Tribunal Colegiado, pueden actuar como sujetos activos del delito, por cuanto ellos pueden efectuar una aplicación torticera del derecho, emitiendo el veredicto que trastoque el orden jurídico vigente en forma manifiesta e injusta; máxime si su opinión de cada uno de los ciudadanos con status de jurado son tomados en cuenta en los fundamentos de la resolución, que es única en su género y por consiguiente es la que se aplica y surte efectos para las partes.

Hay autores como Llabrés Fuster, A. y Tomás-Valiente Lanuza, C. en *“La responsabilidad penal del miembro del jurado”*, señalan: “que el delito de prevaricación de los artículos 446 y 447 CP, no es susceptible de ser cometido, *de lege data*, por el integrante del jurado. Para ellos, tal afirmación viene impuesta esencialmente, por el respeto al principio de legalidad, ya que el jurado no puede ser considerado sujeto activo de la conducta, que los preceptos legales mencionados refieren en exclusiva a Jueces y Magistrados”.¹ Sin embargo, otros como Gómez Colomer, J. L. en *“Aproximación al estatuto jurídico de los Jueces legos en el proyecto de ley del Jurado”*, expresa que: “No debe olvidarse que los jurados son Jueces, por tanto ejercen función jurisdiccional, siendo para ellos al mismo tiempo una obligación y un derecho desempeñar el cargo”.² Esta tesis última entraña la figura de que los jurados quedan integrados al concepto de juez ordinario y por consiguiente ejercen jurisdicción; es decir que sus criterios y argumentos vertidos en una causa penal, son recogidos para subsumirse en los fundamentos de carácter jurídico que insertarán los jueces técnicos en la sentencia o resolución.

Lo evidente es que la doctrina en el Derecho Español no les confiere a los jurados la condición de jueces y, que es el principio de legalidad lo que impide tal reconocimiento. Empero, en lo que toca a nuestra economía jurídica la posición es contraria, ya que los jueces ciudadanos tienen tal categoría y por ello forman parte integrante del Tribunal Colegiado de Sentencia, sin cuya presencia y conformación en cada uno de los actos del juicio oral y público sería casi imposible contar con la garantía del debido proceso y la correspondiente celeridad en la decisión. Al respecto, el Libro Segundo, Capítulo II, Integración de los Tribunales de Sentencia

¹ LLABRÉS Fuster, A. y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. *“La responsabilidad penal del miembro del jurado”*, Cedex, Barcelona, 1998, pp. 94.

² GÓMEZ COLOMER, J. L. *“Aproximación al estatuto jurídico de los Jueces legos en el proyecto de ley del Jurado”*, Actualidad jurídica Aranzadi, N° 193, Madrid, 1996, pp. I.

con Jueces Ciudadanos, es lo suficientemente claro para sostener lo que acabamos de afirmar:

Los jueces ciudadanos son una pieza esencial en el proceso penal, al punto que su status de jueces está reconocido expresamente en el artículo 64 del Nuevo Código de Procedimiento Penal (L. N° 1970 de 25 de marzo de 1999), cuando señala: (Deberes y atribuciones de los jueces ciudadanos). "Desde el momento de su designación, los jueces ciudadanos serán considerados integrantes del Tribunal y durante la substanciación del juicio tendrán los mismos deberes y atribuciones que los jueces técnicos". De modo que cualquier incumplimiento injustificado a sus deberes serán sancionados como delito de desobediencia a la autoridad y, por la función jurisdiccional que ejercen con los jueces técnicos, son sujetos activos del delito de prevaricato en situaciones en que dictaren sentencias o resoluciones manifiesta o patentemente arbitrarias y contrarias a la ley y al orden jurídico establecido en el país.

Un tema que se debate en la discusión es el referido a si los miembros del Tribunal Militar pueden ser sujetos activos del injusto de la prevaricación. Este importante sector encargado de defender y conservar la independencia nacional, garantizar la estabilidad del gobierno legalmente constituido, asegurar el impero de la Constitución y la Seguridad del Estado Boliviano, sienta soberanía en todo el país cuidando las fronteras patrias; pero los sucesos ocurridos en los últimos meses en que se comprobaron en el Oriente Boliviano, concretamente en el Departamento de Pando (Cobija), asentamientos ilegales de extranjeros dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera con Brasil, los que fueron desalojados por el Ministerio de Gobierno con la ayuda del Ministerio de Defensa e intervención de las Fuerzas Armadas, nos muestra que el resguardo de nuestras fronteras y de nuestras riquezas naturales como la madera, la siringa, la castaña y otros, es muy relativo y desde luego preocupante pese a existir una norma constitucional que así lo prohíbe terminantemente (artículo 25 CPE).

Las Fuerzas Armadas como organismo institucional en su funcionamiento, está dotado de instrumentos jurídicos como el Código Penal Militar y su respectivo Procedimiento y sus órganos que la integran ejercen jurisdicción por acciones que cometen los militares en el ejercicio de sus funciones. Si los Tribunales Militares en la aplicación de la ley y dentro de su ámbito de competencia, conocen y resuelven una causa en forma injusta, verbigracia, absolviendo a los militares imputados que presuntamente participaron en los sucesos luctuosos de septiembre y octubre de 2003, Tribunal que pronunció dicha resolución sin participación de las víctimas en clara violación a las reglas del debido proceso que establece la Constitución Política del Estado en el artículo 16, se presume que si a sabiendas de favorecer a los implicados

se optó por negar el acceso de las víctimas y Derechos Humanos al proceso, que los miembros del Tribunal Penal Militar y quienes ejercieron la labor de Fiscal en el mismo, podrían encajar su conducta en el delito de prevaricación, puesto que la naturaleza de los delitos por los cuales fueron juzgados los militares y la aplicación de un régimen penal militar; no les exime de respetar y aplicar con preferencia la normativa constitucional en materia de garantías y derechos fundamentales, recogida en el artículo 228 de la CPE.

Probablemente la doctrina no discute que Tribunales Militares estén fuera de la estructura del Poder Judicial, es decir no comprendidos entre los órganos que describe la Ley de Organización Judicial, pero el delito de prevaricación judicial se enmarca en el Capítulo de la administración de justicia y el ilícito se comete por comisión de sujetos cualificados; vale decir por Jueces y Magistrados, lo que siempre abre la posibilidad de su comisión incluso en la jurisdicción castrense, actuación que se equipara a la labor jurisdiccional ordinaria, puesto que ambos Tribunales dictan sentencias o resoluciones de orden jurisdiccional y ejecutoriadas que sean luego de haber dado curso al sistema de recursos de revisión o apelación se encargan de hacerlas cumplir.

Como se puede apreciar es la característica de la “*función jurisdiccional*”, sin importar el régimen especial en que la ley se aplica y tampoco la naturaleza de la materia, la que conduce a la configuración de la resolución o sentencia manifiestamente ilegal e injusta que emana de esta fuente y no de otra que posea distinta funcionalidad, en cuyo caso sería una incongruencia y hasta un desatino no extender los alcances de la prevaricación a sujetos activos que si ostenten su condición de Tribunales en el régimen militar al igual que los Jueces, Vocales, Ministros y Magistrados que forman parte de la estructura del Poder Judicial o se regularán por una Ley Especial.

Por otra parte, lo determinante en esta inclusión de los Tribunales Militares – es el delito de prevaricación que se plasma en la resolución o sentencia- y no el ámbito geográfico y la condición de militar. La doctrina considera que los miembros de estos Tribunales como autores de la prevaricación judicial depende de que sus atribuciones pueden entenderse incluidas en la administración de justicia, institución en la que se enmarca el delito de prevaricación judicial. De modo que por los razonamientos ya expuestos y en armonía con el pensamiento doctrinal que es fecundo y reflexivo, cuando acuña la frase: “*No compartimos posiciones o teorías excesivamente formalistas, que conducirían a excluir la autoría de esas personas que forman parte de los Tribunales Militares, pues el Código Penal habla de Jueces y Magistrados*”.

III. LA PREVARICACIÓN CONCEBIDA COMO DELITO DE SIMPLE ACTIVIDAD Y LESIÓN

Existen dos vertientes que se esbozan para definir si la modalidad activa del delito de prevaricato es de *simple actividad y de lesión* o, es de *resultado*. Los elementos que configuran el tipo penal, tanto en su construcción formal como material, serán las líneas necesarias para descubrir los fundamentos de cada una de estas corrientes doctrinales.

En la apreciación de este delito no basta la mera ilegalidad, sino la "*manifiesta ilegalidad de la resolución o sentencia*"; es decir todo concepto que encierre la acción o manifestación de la voluntad consciente del Juez o Magistrado para incurrir en la infracción de la norma, que de modo flagrante y clamoroso rebasa los límites de la legalidad del orden jurídico, en la que se lleva implícita la injusticia dolosa de perjudicar a una de las partes o un tercero, en resumidas cuentas de ocasionar grave perjuicio al interés general de una correcta administración de justicia. Aquí, para que se configure la prevaricación judicial no requiere en el sentido estricto, que la acción infractora del tipo produzca indefectiblemente una alteración o cambio en el mundo físico exterior o, dicho de otra manera que la consecuencia de la acción que es el resultado, sea parte integrante de la acción o manifestación de voluntad. Por esta interpretación y perspectiva de ver el contenido del injusto, es que González Cussac, J.L. en "*El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios público*". "Concibe la prevaricación como delito de mera actividad y lesión y, no de resultado".³

En esta misma forma de entendimiento y, partiendo de la opción de sentar distinción entre la manifestación de voluntad y resultado Muñoz Conde, F., en "*Derecho Penal. Parte General*", acuña este criterio diferenciador en sentido que: "La prevaricación judicial es un delito de mera actividad y no de resultado; pues el injusto se objetiva con la simple manifestación de una resolución manifiestamente ilegal e injusta, porque es entonces cuando se afecta la corrección de la función jurisdiccional, independientemente de la generación de un daño o perjuicio concreto".⁴ Verbigracia que la sentencia condenatoria recaiga sobre un imputado inocente. En otros términos si la resolución injusta no es algo separable de la acción típica o manifestación de la voluntad, es lógico sostener que la prevaricación judicial no exige efecto o resultado alguno.

Por otra parte, tomando en cuenta la lesión del bien jurídico como un concepto normativo y bajo el criterio que usa la doctrina para referirse a delitos de peligro o de lesión según que los tipos penales así lo establezcan, no quepa duda alguna que

³ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. "*El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios público*", 2.ª edición actualizada conforme al Código Penal de 1995, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp.27 a 29.

⁴ MUÑOZ CONDE, F., "*Derecho Penal. Parte General*", 2.ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 242.

el contenido del tipo penal de la prevaricación judicial recogido en el artículo 2º, numeral 40 de la L. N° 1768, supone una lesión del bien jurídico protegido la “*función jurisdiccional*” y por eso es que estamos en condiciones de afirmar que este ilícito propio y especial constituye un delito de *–simple actividad o de lesión–*.

No está demás subrayar que cuando el sujeto prevaricador ha alcanzado su objetivo, vale decir el agotamiento del delito al obtener un resultado con efectos dañosos producto de su acción típica, entra en juego en estas circunstancias el concurso de delitos, por cuanto no se está ante una simple obstrucción de la función jurisdiccional, sino que existe una relación de causalidad entre la acción y el resultado querido y agotado. Sobre este problema apuntado Muñoz Conde, F. en “*Derecho Penal. Parte General*” señala: “que tan lesión es la destrucción de la vida o de una cosa ajena en los delitos de homicidio y de daños, como la ofensa al honor en el delito de injurias”.⁵

La doctrina advierte en alguna medida que no es el resultado físico o perceptible el que configura el injusto de la prevaricación, sino aquella mala intención de la conducta del Juez o Fiscal que alejándose de todo principio valorativo de la norma pertinente a la solución del conflicto, consciente y voluntariamente pronuncia una resolución ilegal e injusta, que a criterio de un hombre medio y de autoridades jurisdiccionales y fiscales que ejercen funciones similares en la materia, sería poco probable de justificar racionalmente. Pues, en estos casos lo que se quebranta es el bien jurídico de la *correcta administración de justicia, prevalido de su posición de autoridad jurisdiccional y de defensor de la legalidad*.

IV. LA DOBLE FACETA DEL JUEZ O MAGISTRADO

En el campo de la realidad social en la que el Juez ejerce su ministerio, no escapa la posibilidad de la existencia de una *–prevaricación judicial–* y la *–prevaricación administrativa–*, así pudiera suceder cuando el Juez actúa como funcionario público en asunto no judicial como las subastas, se integra como Juez Electoral en acontecimientos democráticos para la elección de Presidente, Vicepresidente, Senadores y Diputados y, en situaciones en que ordena la apertura de procesos disciplinarios contra funcionarios judiciales de su dependencia.

Si apelamos a la literalidad de sentido abierto que presenta en su contenido el artículo 2º, numeral 40 de la Ley N° 1768 que modifica el artículo 173 del Código Penal, que expresa: “El juez que en el ejercicio de sus funciones dictare resoluciones manifiestamente contrarias a la ley...”, pareciera que podría comprender a cualquier clase de resolución que tenga su fuente en el órgano jurisdiccional y, que encajarían

⁵ MUÑOZ CONDE, F. Op.Cit., pp. 62.

incluso aquellos Acuerdos de Sala Plena que emanan de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, verbigracia el (N° 14/2006, de 20 de septiembre de 2006) referido a la "Reasignación de competencias de los Juzgados 14 de Instrucción en lo Civil y 6° de Instrucción de Familia que actualmente conforman el Centro Integrado de Justicia del "Plan Tres Mil" de la ciudad de Santa Cruz", confiriéndoles la competencias para ejercer todas las facultades señaladas a los Jueces de Instrucción en materia civil, penal y de familia de las capitales de departamento y para conocer, a falta de Juez de Partido, los recursos de hábeas corpus, de acuerdo con la Constitución Política del Estado, conforme a lo señalado en el nuevo texto del art. 186 de la Ley de Organización Judicial, incorporado por disposición del art. 18 de la Ley N° 3324 de 18 de enero de 2006, Ley de Reformas Orgánicas y Procesales – Reformas a la Ley de Organización Judicial, disponiendo a su vez que la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz extienda los títulos correspondientes.

La doctrina es bastante incisiva en cuanto a la posibilidad de la configuración del delito de prevaricato por el Juez o Tribunal que dicta una resolución, auto, o acuerdo de carácter administrativo manifiestamente ilegal e injusto, desde luego sin que el acto tenga naturaleza jurisdiccional.

Para evitar confusiones y sentar criterios de deslinde entre la prevaricación judicial y la administrativa, no cabe duda que de una interpretación rigurosa del bien jurídico que protege el delito de prevaricato previsto en el artículo 2°, numeral 40 de la L. N° 1768, Modificatoria del Código Penal y en el tema que nos ocupa del artículo 173 del Código Punitivo, que la expresión "resoluciones manifiestamente contrarias a la ley" se circunscriben en su aplicación estricta solamente a aquellas *-resoluciones en las que se ejerza verdadera potestad jurisdiccional y que deciden intereses contrapuestos emergentes de un proceso- o, bien se declare la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, decreto o resolución, disponiendo los efectos de esta interpretación.*

Estarían comprendidas entonces bajo el rótulo de actuaciones jurisdiccionales, las siguientes resoluciones judiciales: Autos de procesamiento, Autos que resuelven incidentes, Autos de Sobreseimiento, Requerimientos o resoluciones de rechazo de querrela, Sentencias, Autos de Vista, Autos Supremos, Sentencias Constitucionales, Declaraciones Constitucionales y Autos Constitucionales.

De una manera general y en sentido teleológico los autos dictados en la tramitación del proceso, deciden recursos contra providencias, cuestiones incidentales de defectos procesales, excusas y recusaciones, nulidad de obrados, libertad provisional, detención preventiva o cesación de la detención, excarcelación, o cuando a tenor de las normas del Código de Procedimiento Penal deban revestir esa forma de decisión. Por otra parte, los Autos pueden poner fin al procedimiento como en el caso en que se dictare auto de sobreseimiento o rechazo de querrela.

Las sentencias se elaboran para decidir definitivamente el juicio penal o de otra índole. En tanto que los Autos de Vista y Autos Supremos son pronunciados por las Cortes Superiores de Distrito y por las Salas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para decidir los recursos de apelación y casación que dentro de plazo legal interpusieren las partes involucradas en los procesos.

En materia penal el Recurso de Apelación Restringida previsto en el Título IV, artículo 407 (Motivos) del Código de Procedimiento Penal, prescribe: "El recurso de apelación restringida será interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de la ley.

Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha efectuado reserva de recurrir, salvo en los casos de nulidad absoluta o cuando se trate de los vicios de la sentencia, de conformidad a lo previsto por los artículos 169 y 370 de este Código.

Este recurso sólo podrá ser planteado contra las sentencias y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes". Se prevé que el recurso será planteado dentro del plazo de los quince días de notificada la sentencia.

Contra el Auto de Vista, el Código de Procedimiento Penal en el Título V, artículo 416 (Procedencia) prevé el Recurso de Casación en los términos siguientes: "El recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por otras Cortes Superiores de Justicia o por la Sala Penal de la Corte Suprema.

El precedente contradictorio deberá invocarse por el recurrente a tiempo de interponer la apelación restringida.

Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el Auto de Vista recurrido no coincida con el del precedente, sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance". Este Código establece que el recurso deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación con el Auto de Vista impugnado ante la Sala que lo dictó".

Con buena sistematicidad y lógica la Ley del Tribunal Constitucional N° 1836 de 1° de abril de 1998, en su Título Tercero, Capítulo IV, Artículo 41.- (RESOLUCIONES), párrafo II., describe: "Las resoluciones que resolvieran demandas o recursos se producirán en forma de sentencia. Las declaraciones serán adoptadas en los casos

de consulta. Las decisiones de admisión o rechazo, desistimiento, caducidad u otras adoptarán la forma de auto”.

En todas estas resoluciones que acabamos de enumerar y describir someramente, y que hacen a cuestiones de valoración y deciden en forma fundamentada una demanda o una causa procesal, bien pudieran ser expresión de ilegalidades e injusticias patentes, con efectos fatales en su contenido para quienes esperan un fallo o decisión acorde con la ley y el Derecho. Consecuentemente, es en esta clase de resoluciones en que se acepta por unanimidad que los Jueces, Magistrados y Fiscales pueden cometer prevaricación judicial o fiscal, *“si pronuncian resoluciones arbitrarias e injustas en asuntos jurisdiccionales o, como en el caso de los fiscales que promuevan ante los órganos de la administración de justicia decisiones contrarias al ordenamiento jurídico u obstruyan la función jurisdiccional”*.

Concomitante con la posición anterior, la doctrina admite que los jueces y fiscales estando en función administrativa, pueden en su actuación de esta naturaleza incurrir en la comisión *“del injusto de prevaricación administrativa”*, como en el supuesto en que la ley y reglamentos prevean que para ocupar un cargo de responsabilidad de dirección o ejecutiva dentro de la institución del Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Ministerio Público, previo un proceso de selección pública de evaluación de méritos, honestidad y experiencia sea el profesional con mayor puntaje obtenido quien deberá ser designado y, la autoridad legitimada por ley proceda a designar y posesionar a alguien que no tiene perfil solvente y adecuado para el cargo; en esta situación estaríamos ante un supuesto de prevaricación administrativa, al menos así se inclina la uniforme doctrina, extendiendo la responsabilidad incluso a quienes hayan intervenido en el proceso de valoración, porque lo que se afecta en forma ilegal e injusta no es tanto a los profesionales que intervienen en convocatoria pública, sino a la credibilidad de la administración pública vinculada directa o indirectamente a la función jurisdiccional y a la correcta aplicación de la ley en el Estado de Derecho.

Los procesos de institucionalización pública que se desarrollan en el marco de una regulación normativa, tienen como objetivo fortalecer y modernizar los sistemas de servicios que prestan los funcionarios públicos, tendencia que permite seleccionar a los mejores cuadros de profesionales con intachable solvencia moral, indiscutible honestidad y probada capacidad y experiencia, elementos que garantizan la optimización de la administración pública e incrementan los niveles de confianza de los destinatarios del servicio. Por tanto, las convocatorias públicas que tienen este propósito tienen que culminar con objetividad y transparencia estos procesos, designando al mejor puntaje de aprobación al profesional que haya obtenido la primera ubicación cuando la norma reguladora no prevea la confección de terna previamente y, en caso de exigir esta modalidad de terna producto de la selección, la autoridad legitimada por ley tendrá la libertad de elegir de entre ellos a quien

considere que contribuirá mejor a la ejecución del proyecto o plan establecido por la institución.

La importancia de estos procesos insoslayablemente mantienen en alto la consideración y respeto de la administración pública y, específicamente de la administración de justicia y fiscal, reforzando en todo momento el fortalecimiento del Poder Judicial y de las instituciones que en forma independiente complementan la justicia. La eficacia y eficiencia se garantiza en el servicio, al prescindir de criterios basados en predilecciones o prejuicios que en nuestra época de cambios cualitativos no merecen tener espacio y menos ser privilegiados por influencias de poder:

Es de reconocer que a través de estos mecanismos de selección de profesionales o servidores públicos en la administración de justicia y Ministerio Público, el acto de la designación mediante título, memorándum o resolución de carácter administrativo, constituye la última decisión con efectos legales; empero si tal decisión es manifiestamente ilegal, contraria al orden jurídico e injusta, por esta vía la resolución administrativa en ámbito jurisdiccional se considera típica de la prevaricación y por consiguiente susceptible de ser penada conforme a sostenido la doctrina casi unánimemente. Pero, habrá que puntualizar que otras posturas parten del hecho que la incriminación de resoluciones administrativas injustas era más frágil y limitada que las sentencias o resoluciones que se originan en los procesos penales o civiles que responden al ejercicio de la potestad jurisdiccional esencialmente, sin embargo los autores de esta última tesis no consideran que los efectos en resoluciones administrativas pueden ser tan graves que el daño causado implique la afectación a la honorabilidad y dignidad de quien siendo ganador por concurso público, termine relegado por una decisión arbitraria e injusta. Lo evidente es que seguirá siendo un tema de mareas altas, de intenso debate y seguramente durante mucho tiempo correrán olas de críticas, mientras el legislador no apele a la hermenéutica del tecnicismo riguroso en el momento de describir el tipo penal de la prevaricación, distinguiéndola con claridad y elementos objetivos de la judicial o fiscal, pero no cabe duda que esta clase de decisiones al brotar de un órgano jurisdiccional en su función o dimensión administrativa, son factibles de contener actuaciones delictivas sea con dolo o interés de beneficiar a alguien que no merece por ley o, de perjudicar moral o materialmente a otro que la ley le respalda.

En los procesos de tramitación voluntaria en la que no se plantea y resuelve un conflicto entre dos partes, sino que se deduce una declaración de derecho y esta es resuelta por medio de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional, es lógico que dicha decisión puede originar contenidos arbitrarios o restrictivos y consecuentemente configurar una prevaricación judicial.

Cabe quizás preguntarse, ¿porqué los autos dictados en la jurisdicción voluntaria pueden lesionar el bien jurídico protegido por el tipo penal de la prevaricación

judicial?, la respuesta no puede ser obvia sino que la razón descansa en la postura que adopta el Juez como garante de derechos e intereses legítimos que la ley reconoce a las personas.

Ahora bien, si el bien jurídico protegido por el delito de prevaricato judicial es la “*función jurisdiccional*”, no existe ningún margen de incertidumbre o dudas que el acto o resolución que emerge de la *–jurisdicción voluntaria–* pudiera negar arbitraria e injustamente el derecho reclamado por quien incoa el procedimiento, en cuyo supuesto lo que se afecta es el ejercicio de una correcta función jurisdiccional, independientemente del resultado que pudiera producirse a consecuencia de la acción voluntaria y manifiesta de ilegalidad del Juez.

Bajo esta perspectiva, la intervención del Juez en los procedimientos voluntarios, es de garante del orden jurídico y de los legítimos derechos de las personas que promuevan la vía legal y si el Juez prevalido de esa potestad dictare auto o resolución que no guarde coherencia y fundamentación con el bien tutelado por el delito, es de suponer que la apertura del expediente podrá ser por el delito de prevaricación judicial. Para objetivar la afirmación precedente pensamos que podría ocurrir por ejemplo que el Juez en una demanda de declaración de herederos y partición de bienes instituya como sucesores legales ab intestato a persona cuya vinculación consanguínea no le alcance por la ley, en virtud de existir herederos en línea directa al fallecimiento de los padres.

En esta misma senda de ejemplificación, incurre en la infracción de la prevaricación el Juez que a sabiendas que la demandante de la sucesión hereditaria le quitó la vida a su padre para acceder al patrimonio mediante resolución la instituye heredera, pasando por alto la aplicación de la ley, que retira de la sucesión a quien valiéndose del delito y demostrado en sentencia ejecutoriada, pretenda suceder en el patrimonio del extinto.

V. EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD CONTRA MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El Tribunal Constitucional al dictar la SC 0018/2007 de 9 de marzo de 2007 y el Auto Constitucional N° 0017/2007 ECA, que declara la Constitucionalidad del Decreto Supremo N° 28993 de 30 de diciembre de 2006 y dispone dejar cesantes a los Ministros de la Corte Suprema Carlos Jaime Villarroel Ferrer, Wilfredo Ovando Rojas, Zacarías Valeriano Rodríguez y Bernardo Bernal Callapa y, exhorta al Poder Legislativo para que en el tiempo más breve posible proceda a la designación de sus titulares; su decisión ha sido el origen y causa para instaurarles a los Magistrados Elizabeth Iñiguez de Salinas, Martha Rojas Alvarez, Artemio Arias Romano y Wálter

Raña Arana, juicio de responsabilidad por la presunta comisión de los delitos de prevaricato, impedir o estorbar el ejercicio de funciones e incumplimiento de deberes.

Si partimos de la configuración del delito de prevaricato, que es un delito de dolo específico y por supuesto reforzado, puesto que quien infringe el tipo penal del artículo 173 del Código Penal, modificado por la Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997, artículo 2º, numeral 40, no es un simple ciudadano dotado de un conocimiento medio, sino que se trata de un Juez o Tribunal que más allá de conocer el orden jurídico, el espíritu y finalidad del precepto, manifiestamente y a sabiendas resuelve vulnerarlo y, asume con conciencia y conocimiento pleno la injusticia de su decisión; podríamos perfilar algunas ideas sustentadas en la legalidad y justicia, a manera de vislumbrar los elementos que contribuyan a dignificar a la justicia y reconducirla por el horizonte ponderable por la que siempre ha transitado el Tribunal Constitucional como expresión de garantía, pacificación de la sociedad, protector de los derechos fundamentales y centinela incuestionable de la democracia y el Estado Constitucional de Derecho.

1º La ratio decidendi de la SC. 0018/2007 de 9 de mayo de 2007, por su carácter interpretativa e integradora, dispone los efectos de esa interpretación, al comprobar que las condiciones que prevé el artículo 96.16 de la Constitución estaban plenamente cumplidas; esto es, **a.** que el Presidente de la República ejerce excepcionalmente la potestad legal de designar a Ministros de la Corte Suprema en caso de acefalía producida por muerte o renuncia y **b.** en situaciones de receso del Congreso Nacional.

2º La interpretación de la función interina de los Ministros dejados cesantes por el Tribunal Constitucional, se concibe como una potestad derivada y subsecuente de la que está imbuido el Tribunal Constitucional al decidir sobre el fondo del Recurso de Inconstitucionalidad. Si el órgano garante supremo de la Constitución tiene facultad para decidir sobre la cuestión substancial y material del Recurso, declarando la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 28993, es natural, lógico y plenamente coherente que tenga que abarcar su decisión a los efectos de su interpretación, como la de establecer un límite al interinato con el fin de promover la legitimidad en la elección y designación de autoridades nacionales. Esta interpretación expansiva en sus efectos legales, quizás no ha sido bien comprendida en su justa dimensión, ya que se lee que el propósito no era otra cosa que el Congreso Nacional asuma su responsabilidad democrática y constitucional de activar los procesos de designación, no sólo de Ministros y Magistrados de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, sino el evitar que los interinatos no se conviertan en precedentes históricos en la justicia constitucional de nuestro Estado social y democrático de Derecho.

3° Más allá de las facetas complicadas del proceso investigativo que llevó adelante el Comité de Ministerio Público y el informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, instancias que fueron acusadas por los Tribunales de no haber dado acceso al debido proceso, amplia defensa y presunción de inocencia y, en su caso omitiendo el cumplimiento del Tribunal de Amparo en tutela de sus derechos en grado de apelación, consideramos que ha sido el propio Congreso de la República, quien ha dado cumplimiento a la SC. 0018/2007 y en uso de la facultad conferida por el artículo 68.12 de la Constitución procedió a la designación de los cuatro Ministros titulares, Dres. José Luis Baptista Morales, Angel Irusta Pérez, Hugo Roberto Suárez Calbimonte y Teófilo Tarquino Mujica, posesión efectuada el 24 de julio de 2007, lo que explica que la supuesta causa que motivó el enjuiciamiento penal de los Magistrados del Tribunal Constitucional se haya debilitado y con sentido promisorio de justicia, si la realidad nos muestra que el Supremo Tribunal y las Salas Penales que llevan adelante como Tribunales de garantías los diversos juicios de responsabilidad contra ex dignatarios de Estado, están cumpliendo cabalmente y en el marco de la celeridad procesal con su actividad jurisdiccional.

4° Ya en forma adelantada en el Capítulo X, Acápito 10.4 **ALGUNAS IDEAS BASICAS DESDE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL PARA DISTENSIONAR EL CONFLICTO ENTRE PODER EJECUTIVO Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**, inc. g), pag. 309 del libro titulado "La Prevaricación Judicial y Fiscal en Bolivia", había expresado mi profunda preocupación en los albores del proceso instaurado contra los Tribunales, que por su importancia y oportunidad me permito reproducirlos:

*"Estamos ante un nuevo vacío transitorio, esta vez de "jurisdicción constitucional", que se expresa en la falta de tutela y resguardo de los derechos fundamentales de todos los bolivianos, por cuanto el Tribunal Constitucional con una sola de sus Magistrados, que fue la que emitió voto de disidencia de la SC 0018/2007 de 9 de mayo, no podrá cumplir con las atribuciones que le asigna el artículo 120 de la Constitución y los artículos 7 y 47.I de la Ley del Tribunal Constitucional, disposición última que señala que las decisiones del Tribunal se adoptarán por mayoría de sus miembros, lo que significa que ningún sorteo podrá verificarse y esa es la prueba elocuente de nuestra preocupación que incidirá en la retardación de justicia, tan clamorosamente reclamada con insistencia en los últimos meses del año. **Habría que preguntarse ¿ que va a pasar si la Cámara de Diputados por mayoría absoluta aprueba acusar a los cuatro Magistrados sin antes no haber designado en el Congreso a los tres titulares y dos suplentes del Tribunal Constitucional?, creemos que ya no estaríamos ante un "vacío transitorio", sino ante un "vacío permanente de la jurisdicción constitucional", lo que sería muy preocupante y sumamente grave para la imagen del país, la desprotección de los derechos y garantías de las personas y el debilitamiento del Estado social de Derecho. Porque no hay que olvidar que la acusación conlleva la medida cautelar de la suspensión***

del cargo a los imputados conforme prevé el artículo 23 de la Ley N° 2623. Para prever esta preocupación, el Congreso debería priorizar y acelerar estas designaciones constitucionales por la institucionalidad permanente de la justicia”⁶.

El presagio anticipado nos hace caer en cuenta que en los hechos no existe Tribunal Constitucional en actividad jurisdiccional, siendo así que es el mejor instrumento de protección de los derechos humanos positivados en la Constitución y las Leyes y de las libertades públicas que tienen los ciudadanos del país; no hay quien asuma la defensa de la Constitución y tutele los derechos fundamentales y el sistema democrático legado por los luchadores de ayer que ofrendaron su vida por el Estado de Derecho. Pensamos que no hay quien garantice la limitación del poder político a la Constitución y, en definitiva estamos ante la inexistencia de bases ciertas que permitan a los ciudadanos experimentar al menos la vivencia de la condición de Estado de Derecho, del acervo de nuestra comunidad y de la invalorable dignidad de ciudadanos libres y forjadores de la paz.

Si para la designación de cuatro Ministros de la Corte Suprema de la Nación, han transcurrido dos meses y medio desde que se emitió la SC. 0018/2007 que dejó cesantes a los Ministros interinos, similar tiempo o quizás mayor será el proceso que demande la designación de Magistrados del Tribunal Constitucional, si el criterio político se inclina por emprender la designación de otras autoridades nacionales entre ellas al Fiscal General de la República, Ministro de la Corte Suprema por el Departamento de Chuquisaca y otras. Por otra parte, cualquiera que sea el procedimiento de designación aunque desde luego sin introducir requisitos que vulneren la Constitución, lo importante es acelerar el procedimiento y calificar de prioridad la designación de Tribunales.

Ahora bien, como apuntamos en líneas arriba, sensiblemente, la hipótesis planteada se ha cumplido pero en forma *–negativa–*, por la diversidad de efectos que comprende la Resolución de la Cámara de Diputados N° 049/2007 de 22 de agosto de 2007, por medio de la cual se acusa a los cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional por la presunta comisión de los delitos incurso en la sanción de los artículos 173 y 161 del Código Penal y en aplicación del artículo 23 de la Ley N° 2623, Ley Procesal para el Juzgamiento de Altas Autoridades del Poder Judicial y del Fiscal General de la República, se dispone la suspensión de los imputados en el ejercicio de sus cargos; resolución con la que se ha notificado a los Magistrados concernidos, a fin de que asuman su defensa en el Senado Nacional, órgano que se instituye por imperio de la Ley Especial en Tribunal de Sentencia o juicio propiamente dicho; fase en la cual se tiene la esperanza que se subsanarán los defectos procesales reclamados por los inculpados y se encausará el proceso penal en aplicación estricta de la Constitución, los Tratados y Convenciones de la República, Leyes y los principios

⁶ GARECA PERALES, Pedro. “La prevaricación Judicial y Fiscal en Bolivia”, Talleres Gráficos “Gaviota del Sur S.R.L.”, Sucre-Bolivia, 2007, pp.309.

constitucionales y procesales que guían el debido proceso; en otros términos, al Senado como Tribunal de Sentencia le quedan dos caminos: **a)** Si radica la causa abre su competencia e implícitamente estaría convalidando los defectos absolutos del proceso impugnados por los implicados y **b)** Rechazar la acusación de la Cámara de Diputados al haberse pronunciado la Comisión de Derechos Humanos resolviendo la apelación de falta de acción y competencia interpuesta por los Tribunales, en sentido de declarar extinguida la acción penal y disponer el archivo de obrados.

La decisión que adopte el Tribunal de Sentencia será histórica y plenamente legal y constitucional, si la misma se fundamenta en principios y valores de la Constitución, se enmarca en disposiciones de la Ley N° 2623 de 22 de diciembre de 2003 y en las normas del Código de Procedimiento Penal.

Siguiendo con el desarrollo de este entramado procesal, la situación se agrava al conocerse que la Sala Civil Primera de la Corte Superior de Justicia de La Paz, ha declarado Procedente el Recurso de amparo constitucional interpuesto por el Presidente de la Cámara de Diputados en contra del Presidente del Senado Nacional, y dispone la anulación de la Resolución N° 059/2007 de 4 de septiembre de 2007, que determinó el archivo de obrados del Juicio de Responsabilidades contra los Magistrados del Tribunal Constitucional, lo que supone que proseguirá el proceso con los efectos legales que ustedes seguramente descifran; como expresaba en mi alocución con la consecuencia del vacío de la jurisdicción constitucional en un Estado de Derecho, que no tiene precedente alguno en nuestra historia.

VI. CONCLUSIONES:

- Si el valor de la justicia que dignifica al Estado de Derecho no es sólo un concepto, sino un derecho humano universal de los pueblos, para su concreción no es suficiente con la instalación de órganos jurisdiccionales y procedimientos establecidos en leyes especiales, sino que tratándose de juicios de responsabilidades contra Tribunales Colegiados de altísima magistratura por supuesto delito de prevaricación, el Juez o Tribunal natural necesariamente debe ser parte integrante del Poder Judicial; postura que responde al respeto a la independencia de poderes, a las garantías constitucional y procesal reconocida incluso en instrumentos internacionales, que solos los jueces están facultados para conocer, juzgar y decidir las demandas, incidentes y recursos, por cuanto ellos están dotados de jurisdicción y competencia para poner fin al conflicto y al decidir lo hacen con probidad profesional, con legitimidad y experiencia en la Ciencia del Derecho.

- Los destinatarios de la justicia son los ciudadanos y como tales ellos han confiado en los órganos del Poder Judicial para proteger sus bienes, derechos y libertades y definir en casos de controversias, y no en una corporación política que tiene como función fiscalizar al Ejecutivo y elaborar leyes. Dejar en manos del Poder Político la justicia, es poco menos que ético como menos responsable.
- La prevaricación como delito de dolo específico y reforzado cometido por quienes ejercen jurisdicción, interpretan y aplican la ley, distorsionando maliciosamente el sentido de ella con la intención de favorecer a una de las partes, un tercero o, en beneficio propio, sólo lo realizan los que conocen y muy bien las leyes y, por consiguiente, este plus de dominio del derecho torcido por cierto en la decisión en algunos supuestos, merece ser sometido a un Tribunal con profuso conocimiento en las leyes, derechos, valores y garantías, pero sensiblemente en nuestro país ocurre lo paradójico con la Ley N° 2623.
- Para superar estas antinomias y manifiestas incoherencias que afectan al debido proceso y deslucen a la justicia, situándola en una situación de incertidumbre política nada saludable para el Poder Judicial de Bolivia, me animo a proponer que sean las Salas Penales de la Corte Suprema las que ejerzan jurisdicción en demandas de juicios de responsabilidades contra Magistrados y Fiscal General por delito de prevaricato u otro cometido en el ejercicio de sus funciones. Pues, lo político es poco ético y desde luego carece de profusividad jurídica en materia de garantías constitucionales y procesales.
- Entre otra de las propuestas considero importante incluir en futura modificación de la Ley 2623 el instituto de la fianza de resultas que debe prestar toda persona denunciante contra magistrados y fiscal general por delito de prevaricato, además de la exigencia de prueba preconstituida. Asimismo, la compatibilización de la citada disposición legal con la Constitución, al advertir que varias de sus normas no guardan conformidad con la Constitución.

En este momento histórico en que se baja el telón en nuestro país, -digo así-, al haberse aprobado el Nuevo Texto Constitucional mediante Referéndum y promulgado el mismo el 7 de febrero de 2009, urge la implementación legal de la Constitución y, por ende la institucionalización por lo menos transitoria de los órganos de la justicia boliviana, ya que el primer instrumento de tanta valía e importancia para la vida de nuestro pueblo, donde se reconocen y amplían los derechos fundamentales, derechos humanos y garantías, no pueden materializarse, sin la existencia plena y funcionamiento permanente del Tribunal Constitucional.

El mecanismo válido para avanzar hacia este objetivo, independientemente de la voluntad política que es vital debe encontrarse en el Poder Legislativo, de tal forma que los esfuerzos de los representantes de este órgano generen los consensos sobre la base del proceso evaluatorio que llevó adelante la Comisión de Constitución Mixta del Congreso Nacional en el mes de septiembre de 2008. Ciertamente, que la Constitución vigente confiere facultades al actual Poder Legislativo elaborar la Ley del Nuevo Régimen Electoral; empero, no le prohíbe para emprender designaciones y llenar las acefalías pendientes, todo al amparo del interés mayor y supremo de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos. En último extremo, la excepción podría ser por la vía de Decreto , -subrayo con carácter de transitoriedad-, sobre la base de los criterios selectivos ya concluidos en la Comisión Mixta de Constitución, Justicia y Policía Judicial del Congreso Nacional y, hasta que la Asamblea Legislativa Popular sea elegida; pues no olvidemos que en un Estado democrático de derecho, todas las personas sin distinción alguna y todos los derechos humanos merecen protección y sin excepción alguna tienen derecho a recibirla en todo tiempo y de manera eficaz y prioritaria.

Al epílogo de estas impresiones de calado legal y con apego a la Constitución, deseo acuñar algunas frases que me inspiraron elaborar y actualizar este artículo, que no es más que una parte de un ensayo anterior:

“No hay mayor coraje y tenacidad, si la fe que practicas en Dios la ofreces para cultivar la reserva moral del pueblo, porque ellos sí tienen el espíritu radiante de libertad y constructiva justicia, autoridad transparente e incomparable para rechazar la tensión y el agravio, como si en sueños revelados hayan experimentado misiones sensibles y momentos adversos para superar con dignidad el asedio insensato de quienes creen manejar la verdad, sin saber que están alejados de la libertad y la justicia”.

BIBLIOGRAFÍA

Gonzales Cussac, J.L. *“El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos”, 2ª. Edición actualizada conforme al Código Penal de 1995*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

Gómez Colomer, J.L. *“Aproximación al estatuto jurídico de los Jueces Legos en el proyecto de Ley del Jurado”*, Actualidad jurídica Aranzadi, Nº 193, Madrid, 1996.

Gareca Perales, Pedro. *“La Prevaricación Judicial y Fiscal en Bolivia”*, Talleres Gráficos “Gaviota del Sur” S.R.L., Sucre-Bolivia, invierno 2007.

Llabrés Fuster, A. y Tomás –Valiente Lanuza, C. *“La responsabilidad penal del miembro del jurado”*, Cedes, Barcelona, 1998.

Muñoz Conde, F., *“Derecho Penal. Parte General”*, 2ª. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Rivera Santibáñez, José Antonio. *“El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional”*. Imprenta IMAG, Sucre-Bolivia, 2007.

REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA
ASSISTED HUMAN REPRODUCTION

Rev. boliv. de derecho n° 8, julio 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 192-211



De VERDA

RESUMEN: En el trabajo se analizan las principales cuestiones que plantea la reproducción asistida en el ámbito de la filiación desde la óptica de las legislaciones española, francesa e italiana. Se analizan cuestiones que presentan grandes interrogantes, como la fecundación con espermatozoides del marido muerto o la posibilidad de recurrir a madres de alquiler.

PALABRAS CLAVE: reproducción asistida, filiación, fecundación post mortem, transferencia de embriones, madres de alquiler

ABSTRACT: *The article studies the main issues that assisted reproduction brings to filiation from the point of view of the Spanish, French and Italian legislations. Matters of non-answered questions are brought here, such as fecundation with the dead husband sperm or the possibility of surrogacy.*

KEY WORDS: *Assisted Reproduction, Filiation, Post Mortem fecundation, embryo transfer, Surrogacy.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Finalidad de las técnicas de reproducción asistida: ¿cuestión terapéutica o de mera conveniencia? 3. El anonimato del donante. 4. Acceso a las técnicas de reproducción de mujeres casadas o unidas de hecho. 5. La fecundación y la transferencia “post mortem” de embriones. 6. La gestación por sustitución: el principio de indisponibilidad del propio cuerpo y del estado civil de la persona.

I. INTRODUCCIÓN.

Recientemente han tenido lugar en España, Italia y Francia iniciativas legislativas en el ámbito de la reproducción asistida.

En Italia la Ley de 19 de febrero de 2004, número 40, sobre “Normas en materia de procreación médica asistida” ha establecido una reglamentación “ex novo” sobre una realidad que en dicho país todavía no estaba regulada.

En Francia, por el contrario, la Ley número 2004-800, de 6 de agosto de 2004, “Relativa a la bioética”, ha incidido sobre una regulación anterior, que estaba constituida por la Ley número 1994-654, de 29 de julio de 1994, “Relativa al respeto del cuerpo humano”, y por la Ley 1994-654, de 29 de julio de 1994, “Relativa a la donación y a la utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal.

Dado que se trata de países que se hallan en nuestra misma órbita cultural, parece interesante examinar sus respectivas legislaciones y compararlas con la española.

En España la materia está básicamente regulada por la Ley 14/2006, de 26 mayo, de “Técnicas de Reproducción Asistida”, que sustituye a la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, que queda derogada.

La primera cuestión que se suscita es el encuadre constitucional de la materia.

Es evidente la conexión entre procreación y el libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 10.1 de la Constitución, entendido éste, como un principio constitucional, que significa la autonomía de la persona para elegir, libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con las propias preferencias. En este caso, la opción vital es concebir, o no, un hijo,

• José Ramón de Verda

El autor es Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia (España), así como Doctor en Derecho por las Universidades de Valencia y Bolonia (Italia). Se halla en posesión de Premios Extraordinarios de Licenciatura y de Doctorado. En la actualidad es Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Sus principales líneas de investigación son el Derecho de la Persona, el Derecho contractual y el Derecho de Familia. Entre sus últimas publicaciones cabe citar la coordinación de tres obras colectivas: Daños en el Derecho de Familia, Aranzadi, Pamplona, 2006; Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005, Aranzadi, Pamplona, 2006; Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, Aranzadi, Pamplona, 2007.

decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulte del ejercicio de la libertad de cada ciudadano.

La libertad de procreación significa el reconocimiento a la persona de un ámbito de decisión (concebir, o no un hijo) sustraído a la ingerencia estatal, pero de esta libertad no se desprende un derecho a exigir a los poderes públicos que éstos hagan efectiva la pretensión de tener hijos. Concretamente, no existe un derecho a exigir al Estado que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a cualquier persona y en cualquier circunstancia. Es, por ello, legítimo que se limite el acceso a dichas técnicas con el fin de proteger intereses distintos a los de sus potenciales usuarios, como son los de los hijos a nacer en una familia donde puedan desarrollar su personalidad de la manera más plena posible.

La mayor o menor extensión de dichas limitaciones es una cuestión discutible, que va a ser objeto de examen en este trabajo.

2.FINALIDAD DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: ¿CUESTIÓN TERAPÉUTICA O DE MERA CONVENIENCIA?

La regulación de las condiciones de acceso a las técnicas de reproducción asistida dependerá de que éstas se conciban con una finalidad estrictamente terapéutica, esto es, para remediar situaciones de esterilidad de una pareja o evitar la transmisión de enfermedades genéticas o hereditarias, o, por el contrario, con una finalidad más amplia, como es la de posibilitar, con carácter general, la procreación por cauces distintos a los naturales, en cuyo caso, se permitirá el acceso a las referidas técnicas a mujeres no casadas o unidas sentimentalmente a un conviviente de hecho, y ello, con independencia de que dichas mujeres sean estériles o fértiles.

Es evidente que en el Derecho español no se regulan las técnicas de reproducción asistida con una finalidad exclusivamente terapéutica.

Así, el artículo 6.1 de Ley 14/2006, de 26 mayo, al determinar las usuarias de las técnicas, no exige que se trate de una mujer que forme parte de una unión, matrimonial o extramatrimonial, con problemas de fertilidad o cuya descendencia pueda tener enfermedades genéticas o hereditarias, sino que dispone que “ Toda mujer ” podrá ser receptora de las técnicas de reproducción asistida”, sin exigir más requisitos que el de ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar, “ con independencia de su estado civil y orientación sexual ”.

La legislación española contrasta, así, con la francesa y la italiana, donde las técnicas de reproducción asistida tienen una clara finalidad terapéutica y, en consecuencia,

no permiten a una mujer sola acudir a ellas, sino tan sólo a parejas heterosexuales, casadas o unidas de hecho.

El artículo 1 de la Ley italiana de 19 de febrero de 2004, número 40, establece que el recurso a las técnicas de reproducción asistida se permite con el fin de favorecer la solución de problemas reproductivos derivados de la esterilidad o infertilidad humana, cuando no haya otros métodos terapéuticos eficaces para remover la causa de la esterilidad o infertilidad. El artículo 5 de la misma Ley determina que pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida parejas de sexo diverso, que se encuentren casadas o unidas de hecho, en edad potencialmente fértil, contemplando el artículo 12.2 de la Ley la sanción administrativa pecuniaria de 200000 a 400000 euros para quien posibilite el acceso a las técnicas de reproducción asistida de personas que no están casadas o convivan con una persona de distinto sexo. El artículo 4.3 de la Ley prohíbe, además, el recurso a técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo.

El artículo L. 2141-2 del Código francés de salud pública, en la redacción dada por la Ley número 2004-8000, de 6 de agosto de 2004, afirma tajantemente, en su párrafo primero, que la asistencia médica a la procreación está destinada a responder a la demanda parental de una pareja (se entiende que heterosexual). En su párrafo segundo, añade que dicha asistencia tiene por objeto remediar la infertilidad, cuyo carácter patológico haya sido médicamente diagnosticado o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja de una enfermedad de particular gravedad. Y, en su párrafo tercero, concluye que el hombre y la mujer, que formen parte de la pareja, deben estar casados o en condiciones de poder aportar la prueba de una vida en común, de, al menos, dos años. El artículo L. 2141-3 del referido Código (también en la redacción dada por la Ley número 2004-800, de 6 de agosto de 2004) determina, además, que un embrión sólo puede ser concebido "in vitro", con gametos provenientes, de, al menos, uno de los miembros de la pareja.

A mi parecer, la posición patrocinada por las legislaciones, francesa e italiana, es preferible a la adoptada por la legislación española, pues, el interés de una mujer a ser madre mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida debe ceder ante el interés superior del hijo a tener un padre y una madre. No se opone a ello el principio constitucional de igualdad, ya que existe una justificación, objetiva y razonable, para negar el acceso a las referidas técnicas a las mujeres que no formen parte de una pareja, matrimonial o extramatrimonial, esto es, favorecer el desarrollo de la personalidad del hijo, que, a mi juicio, siempre será más pleno en el seno de una familia con dos progenitores de sexo diverso. No creo que este razonamiento pueda ser desvirtuando, mediante el argumento de que a las mujeres solas se les permite adoptar, porque, en el caso de la adopción, se pretende que un niño, ya nacido, tenga, al menos, un progenitor; mientras que, en el caso de las técnicas de

reproducción asistida, se trata de crear “ad hoc” una nueva vida para satisfacer el deseo de maternidad de una mujer no casada o no unida de hecho a un varón: no se trata, pues, de “buscar” una madre para un hijo, sino de “buscar” un hijo para una madre, lo que justifica que se extremen las precauciones para que el niño que nazca lo haga en una familia lo más adecuada posible, la cual, en mi opinión, no es la monoparental.

Claro que en España este razonamiento es contrario a la posibilidad admitida por la Ley 13/2005, de 1 de julio, de que dos personas del mismo sexo puedan contraer “matrimonio” y en consecuencia adoptar conjuntamente a un niño, Ley ésta, respecto de la cual existe pendiente un recurso de inconstitucionalidad, que esperamos se resuelva cuanto antes.

3. EL ANONIMATO DEL DONANTE.

El artículo 5.5 de la Ley española 14/2006, de 26 mayo, establece, como principio básico el del anonimato del donante, de modo que sólo “excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto”.

Si a esto unimos la posibilidad de que mujeres solas acudan a las técnicas de reproducción asistida, resulta que nacerán, “por ley”, hijos huérfanos de padre, ya que no podrán conocer la identidad de sus padres biológicos.

En realidad, debe reflexionarse hasta qué punto el principio del anonimato del donante es compatible con el principio de libre investigación de la paternidad, que consagra el artículo 39 de la Constitución y hasta qué punto no supone una discriminación de los hijos concebidos mediante las técnicas de reproducción asistida.

La Sentencia del Tribunal Constitucional número 116/1999, de 17 de junio, se ha pronunciado a favor del referido principio del anonimato del donante, declarando que “la Constitución ordena al legislador que ‘posibilite’ la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso, y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor”. Añade que “la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrantes de la denominada relación paterno-filial, siendo

así que la relevación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la donación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concepto y limitado, alcance en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el art. 39.2 de la Constitución". Por último, el Tribunal Constitucional se refiere a la necesidad de asegurar el derecho a la intimidad del donante, a fin de "favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial" y a que, en caso de no existir el anonimato, "puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético para llevarlas a cabo".

En mi opinión, el alcance que el Tribunal Constitucional atribuye a la acción de investigación de la paternidad es excesivamente restringido, al considerarla, exclusivamente, como un medio para determinar la relación paterno-filial, ignorando la extraordinaria importancia que el conocimiento de los orígenes biológicos de una persona puede tener en orden a la determinación de su identidad como ser humano individual; y parece conciliarse mal con el tenor del artículo 7 del Convenio internacional relativo a los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, conforme al cual aquél, desde el momento de su nacimiento, tiene derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres.

Me parece que los poderes públicos debieran posibilitar que los hijos nacidos mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, al llegar a la mayoría de edad, pudieran identificar a sus padres biológicos, lo que, ciertamente, acabaría con el anonimato del donante, pero no tendría por qué implicar el establecimiento de una nueva relación paterno-filial, ya que se trataría, tan sólo, de permitir que una persona pudiera llegar a conocer un aspecto tan esencial de su propia vida privada, como son sus orígenes biológicos. A este respecto, es interesante recordar la posición mantenida por la legislación inglesa, que, tras las Regulaciones de la Autoridad de Fertilización Humana y de Embriología, de 14 de junio de 2004, se muestra favorable a que los hijos puedan llegar a conocer datos tendentes a la identificación de los donantes de gametos o embriones, tales como sus nombres y apellidos, la fecha y el lugar de su nacimiento y su última dirección postal conocida.

Además, el principio del anonimato del donante de gametos contrasta ahora con la posición adoptada por el Código español en materia de adopción, permitiendo la investigación de la paternidad biológica, tras la reforma realizada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. El artículo 180.5° del Código civil dice ahora que "Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a reconocer los datos sobre sus orígenes biológicos".

4. ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN DE MUJERES CASADAS O UNIDAS DE HECHO.

4.1. Mujeres casadas con un varón.

En España, "Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente" (artículo 6.3 de Ley 14/2006, de 26 mayo).

El consentimiento del marido se exige, lógicamente, si la fecundación es homóloga, ya que, en tal caso, será él quien aporte los gametos masculinos. El consentimiento a la fecundación de la mujer ha de ser prestado por el marido personalmente y no puede ser suplido judicialmente. En tal sentido se ha pronunciado el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Valencia de 13 de mayo de 2003 ("Aranzadi Civil", 2003, 1887), que ha desestimado la pretensión de una mujer, de ser inseminada con los gametos de su marido, el cual se encontraba en una situación de coma durante más de once años. Dice, así, que la suplencia judicial de la voluntad de un incapaz "no puede en ningún caso extenderse a la realización de un acto tan personalísimo como es la decisión de tener un hijo, ya que es de todo punto discrecional y subjetiva". Y continúa afirmando que la creación de la situación jurídica de la paternidad "genera unas cargas y responsabilidades de tal magnitud y trascendencia que, desde luego, sólo en virtud del personal consentimiento o actuación del afectado, y nunca por otra vía sustitutoria, puede admitirse la constitución de la paternidad". Sin embargo, el Auto admite la posibilidad de que la mujer pueda acudir a las técnicas de reproducción asistida, utilizando los gametos de un tercer donante anónimo (cosa, que ésta no había pedido), argumentando, que "se da la situación de separación de hecho, contemplada en el ya citado art. 6-3 de la Ley". A mi entender, este argumento es discutible, porque no me parece que la mera circunstancia de que el marido estuviera internado en un hospital en estado de coma autorice a llegar a la conclusión de que existía una separación de hecho. Repárese que lo pretendido por la mujer no era, simplemente, la autorización a acceder a las técnicas de reproducción asistida, sino, concretamente, el ser inseminada con los gametos de su marido, lo que parece indicar la persistencia de la "affectio maritalis", a pesar de las difíciles circunstancias por las que atravesaba la vida del matrimonio.

El consentimiento del marido se exige también para que la mujer sea fecundada con los gametos de un tercero. Esta limitación de la facultad de procrear de la mujer se justifica porque la decisión de tener un hijo afecta al desenvolvimiento de la comunidad de vida matrimonial, razón por la cual ha de ser adoptada por ambos cónyuges conjuntamente. Se trata, además, de evitar la aplicación de la presunción de paternidad del artículo 116 del Código civil, en contra de la voluntad del marido, quien podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad, si la fecundación ha sido llevada a efecto sin su consentimiento. En cambio, según resulta del artículo 8.1

de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, si el marido ha prestado su consentimiento, previa y expresamente, a la fecundación no podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido. Por lo tanto, legalmente el marido será el padre, sin que se le permita el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad, argumentando la existencia de una disociación entre la verdad legal y la biológica. Dado el principio del anonimato del donante, tampoco será posible el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico.

Por lo que concierne a la legislación gala, el párrafo primero del artículo 311-20 del Código civil francés, redactado por la Ley número 94-653, de 29 de julio de 1994, dispone que los cónyuges que, para procrear, recurran a una asistencia médica que necesite la intervención de un tercer donante deberán de prestar su consentimiento, en condiciones que garanticen el secreto, ante juez o notario, quien les informará de las consecuencias de su acto desde el punto de vista de la filiación. El párrafo segundo del precepto establece que el consentimiento dado a una procreación médica asistida prohíbe toda acción de impugnación de la filiación o de reclamación de estado, a menos que se sostenga que el hijo no ha sido fruto de la procreación medicamente asistida o que el consentimiento haya sido privado de efecto, lo que, según el párrafo tercero del precepto, ocurrirá en caso de muerte, de presentación de una demanda de divorcio o de separación o de cesación de la vida en común acaecida antes de la realización de la procreación médicamente asistida; así mismo, el consentimiento es privado de efecto, cuando es revocado por el hombre o la mujer, antes de la realización de la procreación médicamente asistida, por escrito, ante el médico encargado de llevarla a cabo. Al igual que sucede en la legislación española, a la prohibición de impugnación de la filiación por parte del marido que consiente la fecundación con gametos de un tercero, hay que añadir la prohibición de que el padre biológico ejercite la acción de reclamación de paternidad, al establecer el artículo 311-19 del Código civil francés, redactado por la Ley número 94-653, de 29 de julio de 1994, el principio del anonimato del donante, cuando dispone que, en caso de procreación médicamente asistida con un tercer donante, no se puede establecer ninguna relación de filiación entre dicho donante y el niño nacido.

En la legislación italiana, a diferencia de lo que acontece en la francesa y española, se prohíbe el recurso a las técnicas de procreación asistida de tipo heterólogo, por lo que la mujer sólo podrá ser fecundada con gametos de su marido, debiendo ambos cónyuges prestar su consentimiento mediante un escrito conjunto ante el médico responsable de la estructura donde se vaya a llevar a cabo la reproducción asistida, según resulta del artículo 6.3 de la Ley de 19 de febrero de 2004, número 40. Los números segundo y tercero del mismo precepto establecen la necesidad de que el consentimiento sea informado: se prevé, así, que el médico informe de los problemas bioéticos y sobre los posibles efectos colaterales, sanitarios y psicológicos, subsiguientes a la aplicación de las técnicas, sobre las probabilidades de éxito y sobre

los riesgos derivados de ellas, así como de las consecuencias jurídicas para la mujer, el hombre y el “nasciturus”; se debe, además, informar a la pareja sobre la posibilidad de acceder a la adopción y al acogimiento como alternativas a la procreación asistida y se les debe exponer con claridad los costes económicos del entero procedimiento, cuando se trate de estructuras médicas privadas.

Para el caso de infracción de la prohibición de llevar a cabo técnicas de procreación asistida de tipo heterólogo, el artículo 9.1 de la Ley dispone que el cónyuge, cuyo consentimiento pueda deducirse de actos concluyentes, no puede ejercitar la acción de desconocimiento de la paternidad en los casos previstos en los números primero y segundo del párrafo primero del artículo 235 del Código civil italiano, ni tampoco podrá realizar la impugnación contemplada en el artículo 263 del referido Código. Se completa esta disposición con lo previsto en el número tercero del artículo 9 de la Ley, según el cual el donante de gametos no adquiere ninguna relación jurídica parental con el nacido y no puede hacer valer frente a él ningún derecho, ni ser titular de obligaciones.

La legislación italiana se hace, así, eco de la posición mantenida por la más reciente jurisprudencia sobre la materia.

La jurisprudencia italiana había entendido que el marido, que había consentido la fecundación artificial de su mujer con los gametos de un tercero podía, sin embargo, ejercer la acción de impugnación de la paternidad. La Sentencia de la Corte de Apelación de Brescia de 14 de junio de 1995 (“Diritto della famiglia e della persona”, 1996, p. 116) es representativa de esta tendencia. En el origen de la litis se halla una demanda de impugnación de la paternidad, basada en el argumento de que, al tiempo de la concepción del niño, el marido padecía una impotencia “generandi”, por lo que dicho niño no podía ser hijo suyo. La madre se oponía a la impugnación de la paternidad, argumentando que su marido había dado el consentimiento para que fuera fecundada artificialmente con semen de un tercero. El Tribunal estimó la demanda de impugnación de la paternidad, constatando la impotencia “generandi”, cierta e irreversible, del marido, y consideró irrelevante el consentimiento prestado por aquél a la inseminación artificial de la mujer; porque no existía en el ordenamiento, entonces vigente, una norma específica, que reconociera a tal consentimiento la exclusión de la acción de desconocimiento, porque el presupuesto, único e imprescindible, de toda relación jurídica matrimonial era la relación biológica de sangre y porque un consentimiento, como el expresado, admitido que equivaliera a una renuncia preventiva a interponer la acción de desconocimiento de la paternidad, sería, no obstante, ineficaz, al versar sobre un estado civil personal e indisponible.

La posterior Sentencia del Tribunal de Nápoles de 24 de junio de 1999 (“Diritto della famiglia e della persona”, 2000, p. 185) llegó justamente a la solución contraria, declarando que el marido que ha consentido la fecundación heteróloga de su mujer

con semen de donante desconocido, no tiene acción para el desconocimiento de la paternidad de la prole concebida y alumbrada como consecuencia de tal inseminación. El Tribunal argumenta que el concepto de paternidad no debe de estar sólo ligado al dato biológico, sino también al principio de responsabilidad de la procreación y, en consecuencia, al aspecto del comportamiento social y afectivo. El consentimiento paterno, definitivo e irrevocable –añade– representa un compromiso en el nacimiento del hijo y expresa también la voluntad de negar toda relevancia a la falta de relación biológica. Concluye el razonamiento, afirmando que la derivación biológica no puede considerarse un criterio exclusivo para la determinación de las relaciones de filiación, porque la manifestación de la voluntad del padre a la inseminación heteróloga constituye un acto de responsabilidad sustancialmente equiparado al de la generación por vía natural, por lo menos desde la perspectiva de la valoración jurídica de la inoponibilidad de la acción de desconocimiento. Por otro lado, el Tribunal niega al donante de esperma cualquier posibilidad de ejercitar la acción de reclamación de paternidad. Dice, así, que el simple ligamen de derivación biológica no puede ser considerado suficiente para reconocer al donante de semen la cualidad de padre del niño concebido de tal modo, faltando completamente cualquier participación volitiva de dicha persona en el acto generativo; por el contrario, aquél, con la cesión del propio semen ha pretendido beneficiar a otros, renunciando a cualquier aspiración de paternidad.

4.2. La mujer que convive de hecho con varón.

En España, así como la mujer casada no puede acceder a las técnicas de reproducción asistida sin el consentimiento de su marido, en cambio, la mujer que convive “more uxorio” con un varón no necesita el consentimiento de éste para acudir a dichas técnicas.

El artículo 8.2 de la Ley 14/2006, de 26 mayo, prevé, sin embargo, que, si el varón no casado presta su consentimiento a la fecundación de la mujer con contribución de donante, con anterioridad a la utilización de las técnicas, el documento en el que se recoja dicho consentimiento será considerado como un escrito indubitado a los efectos de iniciar el expediente gubernativo del artículo 49 de la Ley del Registro Civil para la inscripción de la filiación natural. El inciso final de la norma añade que “Quedarán a salvo la acción de reclamación de paternidad”, lo que significa –creo– que dicha acción podrá ser ejercitada por el varón, en el caso de que la madre manifieste en el expediente su oposición a la inscripción de la filiación natural; y, así mismo, podrá ser ejercitada por la madre, en representación del hijo, cuando sea el varón quien manifieste su oposición a la inscripción. Por lo tanto, desde la perspectiva de la valoración jurídica del ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad, la manifestación de la voluntad del varón no casado a la inseminación

heteróloga de su compañera constituye un acto de responsabilidad, que se equipara al de la generación por vía natural.

En la legislación italiana, donde, a diferencia de la española, una mujer sola no puede utilizar las técnicas de reproducción asistida, el artículo 6.3 de la Ley de 19 de febrero de 2004, número 40, exige que ambos convivientes expresen conjuntamente su voluntad de acceder a la procreación médicamente asistida, en la misma forma en que, según vimos, han de prestarlo los cónyuges, estableciendo el artículo 8 de la Ley que el hijo nacido tendrá el estado de hijo reconocido de la pareja. Como en Italia legalmente sólo es posible realizar fecundaciones de tipo homólogo, existirá, en principio, correspondencia entre la paternidad legal y la biológica. Ahora bien, para el caso de que, no obstante la prohibición legal existente al respecto, se hubiera realizado una fecundación heteróloga, el artículo 9.1 de la Ley establece que el conviviente, cuyo consentimiento se desprenda por actos concluyentes, no podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad, aclarando el número cuarto del mismo precepto que no podrá establecerse una relación de filiación entre el nacido y el donante de gametos.

En la legislación francesa, donde tampoco una mujer sola puede utilizar las técnicas de reproducción asistida, se exige también el consentimiento de ambos convivientes para acceder a dichas técnicas. En Francia, sí se permiten la fecundaciones de tipo heterólogo, debiendo, estarse, en tal caso a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 311-20 del Código civil francés, en la redacción dada al precepto por la Ley número 94-653 de 29 de julio de 1994, de modo que los convivientes deberán expresar su consentimiento, en las condiciones que garanticen el secreto, ante juez o notario, que les informe de las consecuencias de su acto en relación con la filiación. Dichas consecuencias son las previstas en los párrafos cuarto y quinto del mismo precepto: el conviviente varón estará obligado a reconocer al hijo y, si no lo hiciere, se prevé la declaración judicial de su paternidad. Por otro lado, conforme a lo dispuesto en el artículo 311-19 del mismo Código, no podrá establecerse ninguna relación de filiación entre el niño nacido de la fecundación heteróloga y el tercer donante de gametos.

4.3. La mujer “casada” con mujer.

He observado que la Ley 13/2005, de 1 de julio, pendiente de un recurso de inconstitucionalidad, permite en España el “matrimonio” entre dos personas del mismo sexo.

En este sentido, la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo, ha añadido un número tercero en el artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 mayo, que dice así: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del

Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”.

Por lo tanto, si la usuaria está “casada” con otra mujer, no es necesario que ésta consienta para que aquélla pueda acudir a las técnicas de reproducción asistida; ello, a diferencia de lo que sucede cuando está casada con un varón, sin duda, porque en el “matrimonio” entre dos mujeres no existe una presunción legal de “maternidad”. Ahora si bien, si la otra mujer consiente, el niño tendrá legalmente dos “progenitores” del mismo sexo.

5. La fecundación y la transferencia “post mortem” de embriones.

La posibilidad de fecundar “post mortem” a una mujer con los gametos de su marido o conviviente de hecho ha sido muy discutida en el ámbito del Derecho Comparado, en la medida en que provoca el nacimiento de niños huérfanos de padre.

En España, a tenor del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 mayo, se permite realizarse la fecundación “post mortem” con semen congelado del marido, siempre éste lo haya consentido explícitamente, bastando que lo manifieste en el documento privado que debe firmar para que su mujer pueda usar las técnicas de reproducción asistida, y que la fecundación se realice dentro de los 12 meses siguientes a su fallecimiento. El niño que así nazca será legalmente hijo del marido fallecido.

En el caso de fecundación con gametos del conviviente, según el artículo 9.3 de la Ley, el consentimiento prestado por éste será considerado como un escrito indubitado a los efectos de iniciar el expediente gubernativo, para la inscripción de la filiación natural del hijo, previsto en el artículo 49 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio –dice el precepto– de la acción de la reclamación judicial de paternidad”, acción, que podrá ser ejercitada por el hijo, en el caso de que en el expediente se manifestare oposición por parte del Ministerio Fiscal o de parte interesada, probando que su padre manifestó en la forma legalmente prevista que su material reproductor pudiera ser utilizado para fecundar a su compañera y que dicha fecundación tuvo lugar o, al menos, se inició dentro de los doce meses siguientes a su fallecimiento.

La ausencia del consentimiento del varón a la fecundación “post mortem” no puede ser suplido por la vía de la autorización judicial para satisfacer las aspiraciones de la mujer de tener un hijo de su marido o conviviente premuerto. El Auto de la Audiencia Provincial de la Coruña de 3 de noviembre de 2001 (“Aranzadi Civil”, 2001, 183) revocó, así, el auto recurrido, que había permitido la inseminación de una mujer viuda con gametos de su marido, el cual no había prestado el consentimiento a la fecundación “post mortem”.

Determinada la filiación matrimonial o natural del hijo, creo que éste será llamado a la herencia del padre, tanto si existe un llamamiento hecho a su favor en el testamento de aquél (en la actualidad, no plantea ninguna duda la posibilidad de instituir heredero a un "concepturus"), como si, a falta de testamento, es la propia Ley quien lo llama a suceder "ab intestato". Es cierto que, en este último caso, existe un obstáculo legal a dicha sucesión, pues del artículo 758 del Código Civil resulta que el heredero ha de existir al tiempo del fallecimiento del causante o, al menos, ha de estar concebido en este momento (esto último, por aplicación del artículo 29 del Código Civil), lo que no acontece en el caso que nos ocupa. Sin embargo, dicho obstáculo legal debe ceder ante las exigencias que derivan del principio constitucional de igualdad: determinada legalmente la filiación, no se puede negar a los hijos nacidos de una fecundación "post mortem" los derechos sucesorios que la ley reconoce a todo hijo, pues ello supondría una discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución. En este sentido, hay que elogiar el artículo 10 de la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte, de 24 de febrero de 1999, que en su número tercero, establece que "Si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida post mortem con su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre estas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación".

Distinta de la fecundación "post mortem" de óvulos de la mujer con material reproductor de su marido o conviviente muerto, es la transferencia "post mortem" de embriones, ya fecundados al tiempo de su fallecimiento, la cual es posible realizar sin necesidad de un específico consentimiento de aquél a la misma.

El artículo 9.2.II de la Ley 14/2006, de 26 mayo, dice, así, que "Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido".

Entrando ya en el examen del Derecho Comparado, hay que observar que la posición mantenida por la legislación española en materia de fecundación "post mortem" de embriones contrasta con la consagrada por la legislación francesa, que se muestra claramente contraria a esta práctica, sin duda, para evitar el nacimiento de niños huérfanos de padre, postura, que, por lo demás, es coherente con la consideración de la reproducción asistida como una técnica de carácter terapéutico, que trata de remediar la infertilidad de una pareja o de evitar la transmisión de una enfermedad grave al hijo o a un miembro de aquélla, finalidades, que, evidentemente, no busca alcanzar la fecundación "post mortem", la cual trata de satisfacer la

aspiración de la viuda o conviviente superviviente de ser madre, utilizando los gametos de su marido o compañero premuerto.

El párrafo tercero del artículo L. 2141-2 del Código de la salud pública, en la redacción dada al precepto por la reciente Ley número 2004-8000, de 6 de agosto de 2004, dice, así, que el hombre y la mujer que formen la pareja deben estar vivos y que la muerte de cualquiera de ellos impide la inseminación o la transferencia de embriones. Esta solución es la tradicional en el Derecho francés, siendo ya consagrada por el artículo L. 152-2 del Código de salud pública, en la redacción dada al precepto por la Ley número 1994-654, de 29 de julio de 1994, e, incluso, fue acogida por la jurisprudencia francesa, para resolver un caso litigioso, acaecido con anterioridad a la entrada en vigor de la referida Ley, y a la que por ende ésta no era aplicable, en la conocida Sentencia de la Corte de Casación de 9 de enero de 1996 ("Dalloz", s 1996, p. 396). Un matrimonio había acudido a las técnicas de reproducción asistida, firmando un documento en que se acordaba que la transferencia de embriones sólo podría ser realizada en vida de ambos cónyuges y que, en caso de disolución del matrimonio, los embriones serían destruidos. Se obtuvieron cuatro embriones, de los cuales se implantaron dos. El marido murió en un accidente, con posterioridad a lo cual la mujer solicitó autorización judicial para que se le implantaran los dos embriones restantes, que se hallaban congelados. La sentencia recurrida desestimó la pretensión de la viuda, ordenando, además, la destrucción de los embriones congelados. La Corte de Casación confirmó la imposibilidad de proceder a la transferencia "post mortem" de los embriones, declarando que, antes incluso de la entrada en vigor del artículo Ley 152-2 del Código de salud pública, salido de la Ley número 1994-654 de 29 de julio de 1994, la asistencia médica a la procreación no podía tener por finalidad legítima más que dar lugar al nacimiento de un hijo en el seno de una familia constituida, lo que excluía el recurso a un proceso de fecundación "in vitro" o la continuación del mismo cuando la pareja que debía acoger al niño hubiera sido disuelta por la muerte del marido antes de la implantación de los embriones, última etapa de este procedimiento, hubiese sido realizada. La Corte de Casación, sin embargo, revocó la sentencia recurrida, en cuanto ordenaba la destrucción de los dos embriones congelados, aplicando el artículo 9 de la Ley 1994-654, de 29 de julio de 1994, que preveía que los embriones existentes en la entrada en vigor de la referida Ley podrían ser confiados a una pareja y que, si su acogida era imposible o si la duración de la conservación era, al menos, igual a cinco años, se pondría fin a esta conservación.

A mi juicio, la legislación francesa sobre la materia es excesivamente rigurosa. Comparto la preocupación de evitar los nacimientos de niños privados de padre, pero creo que una cosa es la concepción deliberada de niños huérfanos de padre, lo que, a mi entender, debería evitarse en aras del interés del niño a tener un padre y una madre, y otra cosa, muy distinta, es la implantación en el útero de una mujer de un

embrión, ya existente al tiempo de la muerte de su marido o conviviente de hecho. Estimo, así, correcto, que, contra lo previsto en la legislación española, se prohíba la fecundación “post mortem” con gametos del marido o conviviente premuerto, pero no me parece adecuado que se impida la transferencia “post mortem” de embriones, ya que, en estos casos, existe, a mi entender, un interés digno de protección, cual es el de posibilitarse el desarrollo de la vida de los referidos embriones, lo que, desde luego, me parece preferible a imponer legalmente su destrucción, caso de que no sea acogido por otra pareja.

Por cuanto se refiere al Derecho italiano, en él la fecundación “post mortem” es una práctica prohibida, con el fin de evitar la procreación artificial de niños sin padre. El artículo 5 de la Ley de 19 de febrero de 2004, número 40, sólo permite el acceso a las técnicas de reproducción cuando ambos miembros de la pareja vivan y el artículo 12.2 de la misma Ley impone sanciones administrativas pecuniarias de 200000 a 400000 euros a quien aplique las técnicas de reproducción asistida a parejas, cuyos dos componentes no vivan.

No queda, sin embargo, claro, si lo que se prohíbe es sólo la fecundación “post mortem” o también la transferencia de embriones ya existentes al tiempo del fallecimiento del marido o conviviente, que, en ese momento, se hallaren pendientes de ser implantados en el útero de su mujer o compañera.

6. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: EL PRINCIPIO DE INDISPONIBILIDAD DEL PROPIO CUERPO Y DEL ESTADO CIVIL DE LA PERSONA.

El artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 mayo, dice, así, que “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

Por consiguiente, es nulo el contrato que se celebra, cuando una pareja es fértil, pero la mujer no puede o no quiere llevar a cabo el proceso de gestación, razón por la cual se acuerda realizar una fecundación “in vitro” con gametos de la propia pareja e implantar el embrión obtenido en el útero de otra mujer. Es igualmente nulo el contrato que se celebra cuando la mujer de una pareja es estéril, por lo que se acuerda inseminar artificialmente a otra mujer o fecundar “in vitro” un óvulo de ésta con gametos del varón, para, posteriormente, implantar en su útero el embrión resultante: en este caso, la mujer que acepta asumir el proceso de gestación será madre gestante y madre biológica.

El contrato de gestación de sustitución es siempre nulo, porque, en cualquier caso, se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de madre y de hijo.

La nulidad del contrato de gestación por sustitución hace que, a efectos legales, haya que considerar siempre como madre a la gestante, y no, a la biológica (en el caso de que ésta sea distinta de aquélla). El número segundo del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 mayo, dice, así, que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

La legislación española, en este punto, coincide con las legislaciones italiana y francesa.

En el Derecho italiano el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades, según resulta del artículo 12.6 de la Ley de 19 de febrero de 2004, número 40, que dispone que será penado, con reclusión de tres meses a dos años y con la multa de 600000 a un millón de euros, quien, de cualquier modo, realiza, organiza o publicita la subrogación de maternidad. La nulidad del contrato de gestación por sustitución implica que la filiación se determinará por el parto, de modo que, a efectos legales, la gestante será siempre considerada como madre.

Se clarifican, así, las dudas suscitadas por la existencia de fallos contradictorios sobre la materia.

La Sentencia del Tribunal de Monza de 27 de octubre de 1989 (“Diritto della famiglia e della persona”, 1990, p. 173) conoció del siguiente caso: un matrimonio sin hijos concluyó un contrato con una mujer argelina, en virtud del cual ésta se obligaba a ser inseminada artificialmente con gametos del marido, a llevar a término el consiguiente embarazo y a entregar al matrimonio el hijo que naciera, renunciando a cualquier derecho que tuviera sobre el mismo, a cambio de recibir 15.000.000 de liras. Se practicó la fecundación artificial y la mujer argelina quedó embarazada, exigiendo ésta al matrimonio en el curso del embarazo, que se le pagara una cantidad de dinero mayor para entregarles el niño cuando naciera (40.000.000 de liras), un auto Jaguar y un local comercial. Nació una niña, que la mujer argelina se negó a entregar al matrimonio, exigiéndoles cantidades de dinero para que pudieran verla y tenerla consigo. El matrimonio ejercitó acción contra la mujer argelina, exigiéndole el cumplimiento del contrato, demanda, que fue desestimada, pronunciándose el

Tribunal por la nulidad del contrato de maternidad por sustitución, por faltar en él los requisitos de la posibilidad y de la ilicitud de su objeto. Dice, así, que las partes del cuerpo humano, sobre las que el sujeto tiene un derecho de la personalidad, pero no, un derecho patrimonial, no pueden ser objeto de acto de autonomía privada y que, en consecuencia, el desarrollo fetal del “nasciturus” no puede ser objeto de una obligación contractual. Añade, que, además, no pueden ser objeto de contrato los estados personales de hijo y de madre, los cuales no pueden ser constituidos, modificados o extinguidos convencionalmente. Por último, el Tribunal señala que cuando en el contrato de maternidad de sustitución se pacta una contraprestación (como sucedía en el caso litigioso) existe también un supuesto de nulidad por ilicitud de la causa, ya que supone un intercambio de filiación por dinero u otra utilidad económica.

En cambio, la Ordenanza del Tribunal de Roma de 17 de febrero de 2000 (“Diritto della famiglia e della persona”, 2000, p. 706) se pronunció a favor de la validez del contrato de maternidad por sustitución. El supuesto de hecho era el siguiente: un matrimonio, que no podía tener hijos, al sufrir la mujer una malformación del aparato genital (síndrome de Rokitansky-Kuster), pero que tenía capacidad para producir ovocitos, acudió a un ginecólogo, con el que llegaron al acuerdo de que procediera a una fecundación “in vitro” con los gametos de la pareja y, posteriormente, implantara los embriones en el útero de otra mujer. Se realizó la fecundación “in vitro” con los gametos de los cónyuges y se crioconservaron los embriones, en espera de encontrar una mujer en cuyo útero implantarlos. Cuatro años después, el matrimonio acudió al ginecólogo para que realizara la transferencia de los embriones, al haber encontrado una mujer dispuesta a ello. El ginecólogo se negó a cumplir el contrato, alegando que el Código Deontológico, aprobado “medio tempore” vetaba expresamente el acceso a las prácticas de maternidad subrogada. El matrimonio interpuso una demanda, pidiendo que se autorizara al ginecólogo a cumplir la obligación asumida, de transferir los embriones crioconservados, demanda, que fue estimada, declarando el Tribunal que el contrato celebrado entre el matrimonio y el ginecólogo era lícito y respondía a un interés digno de tutela, cual era la aspiración de la pareja a su realización como padres y que el derecho a la procreación estaba directamente ligado al derecho constitucionalmente garantizado, de desarrollo de la personalidad.

A mi parecer, los fundamentos jurídicos de este fallo, que olvida los principios de indisponibilidad del propio cuerpo y del estado civil de las personas son muy cuestionables, desde el momento en que en la Constitución italiana, a diferencia de la alemana, el libre desarrollo de la personalidad no se consagra como un derecho fundamental y, desde luego, no se contempla, específicamente, ningún derecho a la procreación. En cualquier caso, en la actualidad, es clara la incompatibilidad de la tesis sustentada por el Tribunal con lo dispuesto en el artículo 12.6 de la Ley de 19 de

febrero de 2004, número 40, del que claramente se deduce la nulidad del contrato de maternidad por sustitución, al tener como finalidad la realización de una conducta ahora tipificada como delito.

También la legislación francesa es contraria a la maternidad de sustitución. El artículo 16-7 del Código civil francés, en la redacción dada al precepto por la Ley 1994-653, de 29 de julio de 1994, dispone, así, que toda convención referida a la procreación o a la gestación por cuenta de otro es nula, debiendo entenderse, por aplicación del artículo 16-9 del mismo Código, que tal nulidad es de orden público.

El precepto ha sido aplicado por la Sentencia de la Corte Apelación de Rennes de 4 de julio de 2002 (“Dalloz”, 2002, p. 2902), que anuló el reconocimiento de un hijo, hecho por dos franceses, convivientes “more uxorio”, que habían suscrito en California un contrato de útero de alquiler con una mujer estadounidense, por la que ésta, a cambio de veinte mil dólares, se comprometía, a consentir la implantación en su útero de los embriones, obtenidos en una fecundación “in vitro” realizada con los gametos de la pareja. La razón de celebrar este contrato era que la mujer francesa, por una enfermedad congénita, no podía llevar adelante un embarazo. La mujer estadounidense tuvo dos gemelos, que fueron inscritos en el registro de nacimientos de California, como hijos de ambos convivientes, a pesar de que la conviviente no era la madre gestante de los niños, sino, tan sólo, su madre biológica. Posteriormente los convivientes reconocieron en Francia a los niños, reconocimiento que fue anulado por el Tribunal, utilizando tres argumentos: en primer lugar, el tenor del artículo 16-7 y 9 Código civil francés, que lleva a calificar el contrato de gestación por sustitución como incurso en una nulidad de orden público; dice el Tribunal que es patente que en el Derecho francés la madre es la que lleva al hijo y la que le da la vida trayéndolo al mundo y que, en consecuencia, no es la mera realidad genética la que crea la filiación materna; en segundo lugar, se invocan los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas; y, en tercer lugar, se dice que el derecho al respeto de la vida privada y familiar conduce a no admitir la incitación al abandono de un niño por su madre mediante una contraprestación económica y el uso del cuerpo de otro para satisfacer el deseo personal de tener un hijo.

Volviendo a la legislación española, hemos de observar que, si bien el número segundo del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 mayo, de 22 de noviembre, establece que la filiación de los hijos nacidos por maternidad de sustitución se determina por el parto, sin embargo, el número tercero del mismo precepto dice que “Queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

¿Cabría que el padre biológico ejercitara la acción de reclamación de paternidad y que posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, el hijo fuera

adoptado por la mujer de aquél, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el artículo 176 del Código Civil?

Tengo mis dudas acerca que esta solución fuera admisible, ya que, en definitiva, supone utilizar la adopción para conseguir los efectos que se perseguían mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución. No la admite, desde luego, la jurisprudencia francesa, según resulta de la Sentencia de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación de 31 de marzo de 1991 ("Dalloz", 1991, p. 417). El supuesto de hecho es el siguiente: ante la esterilidad de su mujer, un marido donó esperma para que otra mujer fuera inseminada artificialmente con él; nació un niño, que fue inscrito como hijo del marido, sin hacerse mención a su filiación materna (lo que en Francia es posible); posteriormente, se pretendió la adopción del niño por parte de la mujer del padre. La sentencia recurrida autorizó dicha adopción, argumentando que el método de la maternidad por sustitución era lícito y no contrario al orden público (téngase en cuenta que todavía no existía el actual artículo 16-7 del Código civil francés, redactado por la Ley 1994-653, de 29 de julio de 1994) y que la adopción solicitada era conforme al interés del menor; que había sido acogido en el hogar del matrimonio desde su nacimiento. Frente a ello, la Corte de Casación, afirma que la adopción solicitada era la última fase de un proceso que en su conjunto estaba destinado a permitir a una pareja acoger en su hogar a un niño, concebido en ejecución de un contrato que tenía por objeto el abandono de su madre al tiempo del nacimiento, y que, por lo tanto, atentaba contra los principios de la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas.

Por último, desde el punto de vista del Derecho penal, hay que tener en cuenta que la legislación española, a diferencia de la italiana, no tipifica penalmente la conclusión de un contrato de gestación por sustitución, lo que, sin embargo, no impide que los actos de ejecución de tal contrato puedan dar lugar delitos contra las relaciones familiares. Cometería, así, un delito de suposición de parto la mujer a quien se le entrega el niño, si ésta tratara de inscribirlo como hijo suyo en el Registro civil, pudiendo ser sancionada con pena de prisión de seis meses a dos años, según resulta del artículo 220.1 del Código penal. Según el numero segundo de dicho precepto, la misma pena podría ser impuesta a la madre que entregara a su hijo con la finalidad de modificar su filiación, pena, que sería superior; si la entrega del hijo se realizara mediando compensación económica, en cuyo caso podría ser sancionada con pena de prisión, de uno a cinco años, y con inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, por tiempo de cuatro a diez años, a tenor del artículo 221.1 del Código penal, redactado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA

FAMILIAR MEDIATION IN SPAIN

Rev. boliv. de derecho n° 8, julio 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 212-230



Josefina ALVENTOSA DEL RÍO

RESUMEN: En España, no existe una ley de ámbito nacional sobre mediación familiar; sin embargo, existen referencias a la misma en diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico, y una legislación autonómica específica en once Comunidades. La regulación en ellas sobre los acuerdos derivados de la mediación es muy parca y dispersa. En general, se admite que los acuerdos pueden darse en una mediación extrajudicial e intrajudicial. Los acuerdos derivados de una mediación extrajudicial son considerados como negocios jurídicos de derecho de familia y son obligatorios para las partes. Los acuerdos derivados de una mediación intrajudicial, que puede darse en cualquier fase del proceso matrimonial, deben ser presentados al Juez para su aprobación y homologación.

PALABRAS CLAVE: Mediación, acuerdos, negocio jurídico, materias disponibles, mediación extrajudicial, mediación intrajudicial, homologación de los acuerdos.

ABSTRACT: *There is not a nation-wide law about familiar mediation in Spain; however, there are references to it in many norms, and there is a specific autonomous legislation in eleven Communities. Regulations about mediation agreements are sparing and disperse. In general, it is admitted that agreements can be reached in both an extra-judicial and an intra-judicial mediation. Agreements derived from an extra-judicial mediation are taken as family law contracts, binding to the parties. Agreements derived from an intra-judicial mediation, which can be celebrated in any stage of the matrimonial process, should be presented to the judge of its approbation and homologation.*

KEY WORDS: *Mediation, Agreements, Contract, Extra-Judicial Mediation, Intra-Judicial Mediation, Agreements Homologation.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Tratamiento legislativo de los acuerdos en la legislación sobre mediación. 3. Naturaleza jurídica de los acuerdos derivados de la mediación familiar. 4. Contenido de los acuerdos derivados de la mediación familiar. 5. Formalización de los acuerdos de mediación. 6. Validez y obligatoriedad de los acuerdos. 7. El distinto alcance de los acuerdos de mediación.

I. INTRODUCCIÓN.

La regulación de la mediación familiar en España tiene su origen en la *Recomendación de 21 de enero de 1998, del Consejo de Europa*, sobre mediación familiar; la primera de las novedades legislativas en el seno del continente europeo, preocupada por este modo de resolver los conflictos familiares¹; y también en la referencia que realiza a la misma el *Reglamento 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003*, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000), en cuyo Capítulo IV, que trata sobre “Cooperación entre autoridades centrales en materia de responsabilidad parental”, en su artículo 55, “Cooperación en casos específicamente relacionados con la responsabilidad parental”, se dispone: “...e) *facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza*”.

En el ámbito nacional no existe una ley estatal sobre mediación familiar². Sin embargo, existen referencias a la misma en diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico.

Así, la *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*, cuyas novedades fundamentales son la eliminación de la causalidad en los procesos de separación o divorcio y el acceso al divorcio directo, introduce la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, previéndose en esta norma la futura creación de una ley de mediación. Además, en la Disposición Final primera de dicha ley, se menciona la mediación familiar en los reformados artículos 770 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

¹ En abril de 2002, la Comisión de las Comunidades Europeas publicó el “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil”.

² Sin embargo, en las Cortes Generales se han preocupado por el tema; así, en marzo del año 2006, se presentó una Proposición no de ley (161/001566), por el Grupo Parlamentario de IV- IU-IPC, para la promulgación de una Ley de Mediación de ámbito estatal; además, se han realizado diversas preguntas por parte de varios parlamentarios. Cfr. GÓMEZ CABELLO, M^a. Del C., “Los aspectos jurídicos de la mediación” (I-IV), en *www.noticias.juridicas.com*, abril-junio 2007.

Sin embargo, existe una regulación específica en algunas Comunidades Autónomas, que le dedican especial atención³.

En las Leyes de mediación familiar publicadas en España (once hasta este momento) se pueden destacar varios aspectos jurídicos de relevancia. De entre ellos, cobra particular importancia la posición jurídica del mediador y el valor o alcance de los acuerdos derivados de la mediación.

La presente exposición se va a centrar en este segundo aspecto.

Es evidente que la finalidad de la mediación familiar se alcanza cuando las partes en conflicto consiguen llegar a algún acuerdo final. Sin embargo, es posible que las partes no lleguen a ningún acuerdo o que la mediación se extinga por otras causas.

La doctrina distingue distintas clase de mediación familiar⁴.

De entre ellas, cabe hacer referencia, por su relación con el tema que nos ocupa, por un lado, a la *mediación familiar privada o pública*, según se desarrolle con la intervención de un mediador profesional libremente elegido por las partes, o según el mediador profesional preste sus servicios en la administración de justicia o de las administraciones autonómicas (en cuyos casos, los honorarios devengados se concertan entre el profesional y las partes o se regulan por la administración correspondiente).

Y por otro lado, a la *mediación intrajudicial o extrajudicial*. La mediación tiene la consideración de intrajudicial cuando se desenvuelve dentro del ámbito de la sustanciación de un litigio ante los Tribunales de justicia, en cualquiera de las fases del mismo, en cuyo caso se procede a la suspensión del procedimiento, sin perjuicio de que el Juez, de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, adopte las

³ Las leyes autonómicas promulgadas en la materia son: 1.- Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Cataluña. Complementada por el Decreto 139/2002, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña. 2.- Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia, desarrollada por el Decreto 159/2003, de 31 de enero, por el que se regula la figura del mediador familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita. 3.- Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana. Complementada por el Decreto 41/2007, de 13 de abril, del Consell, por el que se desarrolla la Ley 7/2001, de 26 de noviembre de la Generalitat, Reguladora de la Mediación Familiar en el Ámbito de la Comunitat Valenciana. 4.- Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar de Canarias. Complementada por la Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación familiar. Y por el Decreto 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de la Mediación Familiar. 5.- Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar, de Castilla-La Mancha. 6.- Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar en Castilla y León. 7.- Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar en las Islas Baleares. Complementada por el Decreto 66/2008, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar. 8.- Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid. 9.- Ley 3/2007, de 23 de marzo, del Principado de Asturias, de Mediación Familiar. 10.- Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar, del País Vasco. 11. A ello hay que añadir la aprobación de la Ley reguladora de la por el Pleno del Parlamento en sesión celebrada los días 11 y 12 de febrero de 2009 (BOPA, 17 de febrero de 2009, VII Legislatura, núm.178).

⁴ Cfr. ORTUÑO MUÑOZ, J. P., "La mediación familiar", en Familia: Revista de ciencias y orientación familiar; núm. 24, 2002, p. 70.

medidas provisionales, cautelares o tutelares que estime por conveniente. Por su parte, la mediación extrajudicial es la que tiene lugar fuera del ámbito judicial y sin interferencia alguna en el mismo, ya sea anterior a la interposición de la demanda o con posterioridad a la misma.

Además, existen otras clasificaciones de la mediación (abierta o cerrada; completa o parcial; sistemática, terapéutica, circular o grupal, etc).

2. TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LOS ACUERDOS EN LA LEGISLACIÓN SOBRE MEDIACIÓN.

En la legislación autonómica sobre mediación familiar existe un muy distinto tratamiento jurídico de los acuerdos derivados de la mediación familiar.

En la mayoría de la regulación relativa a la mediación familiar se hace escasa referencia a este punto, mencionándose de forma dispersa en el texto articulado de las mismas, aunque hay alguna ley que le dedica especial atención.

Así, se hace mención a los acuerdos, si bien de modo desordenado, en las siguientes leyes. En la *Ley 4/2001 de Galicia*, los artículos 15 y 16 hacen referencia a los acuerdos que se puedan establecer entre las partes y a la comunicación de los mismos. En la *Ley 15/2003 de Canarias* se hace referencia a los acuerdos en el artículo 9, en relación a los deberes de las partes, y en el artículo 14, en relación a la terminación del proceso y a la obligatoriedad de los mismos para las partes. En la *Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha*, se refieren a ellos los artículos 22, 24 y 25 cuando se habla de la terminación del proceso, de la documentación de los acuerdos y del convenio regulador. En la *Ley 1/2006 de Castilla-León*, se alude a los acuerdos en el artículo 7 entre los deberes de las partes, y en el artículo 17 cuando se habla de la finalización del proceso. En la *Ley 1/2007 de Madrid*, se alude a ellos en el artículo 10 al señalarlos como un deber de las partes. En la *Ley 1/2008 del País Vasco*, se menciona en el artículo 6, al referirse a la naturaleza de dichos acuerdos y en el artículo 16, como una obligación de las partes. Por último, en la Ley de Andalucía de 2009, se hace mención en el artículo 2 y en el artículo 26, para referirse al contenido de los mismos.

Por el contrario, prestan especial atención a los acuerdos derivados de la mediación las siguientes leyes. La *Ley 1/2001 de Cataluña*, en el artículo 6 se refiere a la naturaleza de los acuerdos, señalando las materias sobre las que puede versar, en el artículo 21 se hace referencia a que figuren en el Acta final, y en el 22, a la comunicación de la mediación⁵. La *Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana*, se refiere

⁵ Véase respecto de esta ley, el estudio de VILLAGRASA ALCAIDE, C., VALL RIUS, A., "La mediación familiar en

a la presencia de dichos acuerdos en el acta final en el artículo 19 y dedica su Título IV (arts. 20 y 21) a los mismos, refiriéndose a la naturaleza y al contenido de éstos. La *Ley 18/2006 de las Islas Baleares*, le dedica el Capítulo III (arts. 19 a 22), refiriéndose a los efectos, contenido, protección de determinadas personas, formalización e imposibilidad de los mismos⁶. Y, por último, la *Ley 3/2007 del Principado de Asturias*, le dedica el Capítulo II (arts. 16 y 17), que distingue los preacuerdos de los acuerdos, refiriéndose a la audiencia a terceros en los preacuerdos y a la obligatoriedad de los acuerdos para las partes.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS DERIVADOS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

En cuanto a la *naturaleza* de dichos acuerdos, también se refieren a ella las leyes autonómicas de manera diferente.

Se hace especial alusión a dicha naturaleza en el artículo 20 de la *Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana*, señalando que: “Los acuerdos que se tomen pueden serlo a la totalidad o a una parte de las materias sujetas a la mediación y, una vez suscritos, serán válidos y obligatorios para las partes si en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos”. En el mismo sentido se pronuncian las *Leyes 18/2006 de las Islas Baleares* (art. 19); *3/2007 del Principado de Asturias* (art. 17.1), y, por último, la *Ley 1/2008 del País Vasco* (art. 6,1), quien, además, en su artículo 7 establece la naturaleza de la mediación aclarando que “La mediación es una actuación basada en la autonomía de la voluntad, en la medida en que son las partes en conflicto las que tienen que demandar, por su libre iniciativa, la actuación mediadora, pudiendo, una vez iniciada la misma, manifestar en cualquier momento su desistimiento”.

Por su parte, el artículo 6 de la *Ley 1/2001 de Cataluña*, que trata específicamente de la naturaleza de los acuerdos, señala que “los acuerdos que se adopten, se han de referir siempre a materias de derecho privado dispositivo susceptibles de ser planteadas judicialmente”

De modo que en estas leyes se parte de la idea de que los acuerdos son *pactos entre las partes*, basados en la autonomía de la voluntad, que deben reunir las condiciones de validez de los contratos.

Cataluña: análisis sistemático de la *Ley 1/2001*, de 15 de marzo”, *Diario La Ley*, 2001, Tomo 5, y “Comentarios al desarrollo reglamentario de la *Ley 1/2001*, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña”, *Diario La Ley*, núm. 5650, 7 noviembre 2002, p. 1728, Tomo 6.

⁶ Véase respecto a esta Ley, MUNAR BERNAT, P.A., “Apuntes sobre el contrato de mediación familiar en las Islas Baleares”, *El Derecho*, junio de 2005, EDB2005/89750.

Dichas condiciones de validez en nuestro sistema contractual se recogen en los artículos 1261 y siguientes del Código civil, y que son consentimiento, objeto y causa (con las limitaciones que implica aplicar estos elementos a los negocios jurídicos extrapatrimoniales), y teniendo en cuenta que tales acuerdos no pueden transgredir los límites establecidos para el principio de autonomía de la voluntad que se recoge en el artículo 1255 del Código civil⁷ y que se establecen también en el mismo precepto (ley, moral y orden público).

Por su parte, la Ley 18/2006 de las Islas Baleares define la mediación como un contrato (art. 4)⁸ que tiene por finalidad llegar a acuerdos, y señala que éste debe entregarse por escrito (art. 9, 1)⁹.

Sin embargo, más que un contrato, los acuerdos alcanzados tras un proceso de mediación familiar se podrán considerar como *negocios jurídicos de Derecho de Familia* pues, como considera algún autor, en ellos la autonomía privada y la idea de negocio jurídico cobran un especial protagonismo en la reglamentación de la relación jurídica familiar; si bien, por razón del contenido de los mismos, los límites de la moral y el orden público adquirirían mayor intensidad¹⁰.

4. CONTENIDO DE LOS ACUERDOS DERIVADOS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

En cuanto al *contenido* sobre el que pueden versar dichos acuerdos, en las leyes autonómicas no se hace en general expresa mención del mismo, salvo en la *Ley 11/2001 de Cataluña*, en la *La Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana*, en la *La Ley 18/2006 de las Islas Baleares*, y en la *Ley de Andalucía de 2009*.

Así, el artículo 6 de la *Ley 11/2001 de Cataluña* señala: "1. Las cuestiones que se pueden someter a la mediación familiar; en el marco de las situaciones detalladas en

⁷ El art. 1255 establece: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

⁸ Dicho precepto señala: "Mediante el contrato de mediación, una persona denominada mediador familiar se obliga a prestar los servicios de información, orientación y asistencia, sin facultad decisoria propia, a cuenta y por encargo de los sujetos que, perteneciendo a una misma familia o grupo convivencial, están en conflicto y que se obligan a retribuir sus servicios con la finalidad de llegar a acuerdos".

⁹ Véase respecto al contrato de mediación regulado en la Ley balear, DE LA TORRE OLID, F., "El contrato de mediación familiar. Aspectos relevantes desde su positivización por la Ley Balear 18/2006", *Diario La Ley*, núm. 6765, 25 julio 2007, donde analiza la naturaleza jurídica del mismo, sus caracteres, sus requisitos y presupuestos, y señala que presenta una especial complejidad por razón de sus elementos, de su desenvolvimiento y del control de su legalidad.

¹⁰ Así, LÓPEZ SAN LUIS, R., "El proceso de mediación familiar y los acuerdos mediados", en *Tendencias actuales en el Derecho de Familia*, Almería, 2004, p. 76; VILLAGRASA ALCALDE, C., "Marco jurídico de la mediación familiar", en la obra *Mediación familiar. Conflicto: técnicas, métodos y recursos*, coords. M.A. Soria, C. Villagrasa, I. Armadans, Barcelona, 2008, p. 182. Véase, en relación a los negocios jurídicos de familia, Díez-PICAZO, L. "El negocio jurídico de Derecho de Familia", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XLIV, 1962, p. 780.

el art. 5 y, en consecuencia, los acuerdos que se adopten, se han de referir siempre a *materias de derecho privado dispositivo susceptibles de ser planteadas judicialmente*".

El artículo 21 de la *Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana* establece: "Los acuerdos a tomar deberán tener en cuenta: 1. Que podrán tomarse respecto a las materias incluidas en el art. 13 de esta ley.¹¹- 2. Que las cuestiones que se sometan a la mediación familiar no podrán referirse a materias sobre las que las partes no tengan poder de disposición.- 3. En todo caso, los acuerdos que se adopten deben tener como prioridad el interés superior del menor, de las personas incapacitadas y el bienestar de los hijos.- 4. Los acuerdos tomados podrán ser revisados en los casos y con los procedimientos propios de los contratos, elevándolos, en su caso, a la autoridad judicial, para que los valide".

El artículo 20 de la *Ley 18/2006 de las Islas Baleares* dispone: "1. Los acuerdos que puede adoptar la parte familiar en conflicto no deben exceder nunca de las materias enumeradas en el art. 8 de esta ley¹².- Necesariamente deben tener como objeto lo que se haya determinado en el contrato de conformidad con el art. 9, a no ser que todos los sujetos amplíen de común acuerdo la materia a cuestiones conexas a las determinadas previamente.- 2. Estos acuerdos pueden tomarse a iniciativa de la parte familiar o pueden ser el resultado de propuestas de la persona mediadora aceptada por los sujetos de la parte en conflicto. Esta aceptación puede ser total o parcial.- 3. En cualquier caso, los acuerdos que se adopten deben tener como prioridad el interés superior del menor y de las personas discapacitadas y el bienestar de los hijos".

El artículo 2, 2, de la *Ley de Andalucía* establece: "La mediación familiar tiene como finalidad que las partes en conflicto alcancen acuerdos equitativos, justos, estables y duraderos, contribuyendo así a evitar la apertura de procedimientos judiciales, o, en su caso, contribuir a la resolución de los ya iniciados". Por su parte, el artículo 26,

¹¹ El art. 13 establece: "La mediación familiar se iniciará a solicitud de cualquiera o de ambas de las partes en conflicto.- 1. Podrán solicitar la mediación familiar que regula esta ley: a) Personas unidas con vínculo conyugal, o familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad. a).1. En las crisis surgidas en la convivencia entre personas unidas mediante vínculo matrimonial. a).2. En el establecimiento de las medidas y efectos de las sentencias de nulidad del matrimonio. a).3. En la elaboración de los acuerdos necesarios que pudieran reflejarse en el convenio regulador de la separación o divorcio. a).4. En el cumplimiento y ejecución de las sentencias recaídas en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad de matrimonio. a).5. En la modificación de las medidas establecidas por resolución judicial firme en separación, divorcio o nulidad, por razón del cambio de circunstancias, o decisión voluntaria de los interesados. a).6. En los conflictos surgidos en el seno de la empresa familiar. a).7. En cualquier otro conflicto surgido en la familia. b) Las personas adoptadas y su familia biológica cuando quieran ponerse en relación entre ellas, una vez aceptada la invitación de encuentro por las partes.- 2. Quedando siempre a salvo el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en el supuesto de que las situaciones objeto de mediación conlleven un proceso judicial, podrá convenirse la mediación antes de su iniciación, en el curso del mismo, siempre que queden en suspenso las actuaciones por común acuerdo de ambas partes, o una vez concluido.- 3. Dentro de las atribuciones que la legislación estatal procesal establezca, el juez podrá remitir a mediación familiar a las partes en conflicto".

¹² El art. 8 de esta ley señala: "1. No hay contrato de mediación sin conflicto familiar. Los sujetos que se someten a la mediación deben determinar la extensión de las materias sobre las que pretenden llegar a un acuerdo con la ayuda de la persona mediadora.- 2. En cualquier caso, las cuestiones que pueden someterse a la mediación familiar deben referirse siempre y necesariamente a *materias de derecho civil de familia, que sean disponibles por las partes de acuerdo con este derecho y que sean susceptibles de ser planteadas judicialmente*".

relativo expresamente al contenido de los acuerdos, establece: "1. Los acuerdos que se adopten versarán sobre los conflictos establecidos en el artículo 1.2 que hayan sido tratados en el proceso de mediación. - 2. El contenido de los acuerdos podrá incluir toda o una parte de los conflictos y deberá respetar las normas de carácter imperativo establecidas en la legislación vigente. Una vez firmados, serán vinculantes, válidos y obligatorios para las partes, siempre y cuando en ellos concurran los requisitos necesarios para la validez de los contratos.- 3. En todo caso, los acuerdos que se adopten tendrán como prioridad el interés superior y el bienestar de las personas menores y de las dependientes".

A la vista de estas disposiciones y de la regulación establecida en las leyes autonómicas, se puede señalar que los acuerdos en la mediación familiar pueden tratar de todas aquellas materias que sean disponibles por las partes¹³ y que se encuentren dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad¹⁴, y que vienen determinadas necesariamente por el objeto y finalidad de la mediación¹⁵, recogidos en las distintas leyes autonómicas, en las cuales se señala como tal objeto o finalidad la resolución extrajudicial de conflictos familiares¹⁶ (así se recoge en los arts. 8, 1, de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares¹⁷; 21, 2 de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 3,1, de la Ley 3/2007 del Principado de Asturias, y 26 de la Ley de Andalucía).

¹³ Así GÓMEZ CABELLO, M^a. Del C., "Los aspectos jurídicos de la mediación" (I-IV), en *www.noticias.juridicas.com*, abril-junio 2007, después de recordar el art. 1814 del Código Civil que estipula: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros", señala que, "en el ámbito del derecho de familia, la línea divisoria entre materias disponibles e indisponibles y la capacidad de decisión de las partes se difumina, en atención al contexto en el que nos encontramos, pues nadie mejor que las partes implicadas para adoptar acuerdos que van a condicionar sus relaciones presentes y futuras, tanto en el ámbito personal como en el económico. Así, y en palabras del Magistrado Sr. Ortuño Muñoz, en referencia a lo manifestado por la Profesora Roca i Trias, "Desde luego, el límite a la capacidad de disposición de las partes ha de estar en la necesidad de no transgredir principios constitucionales y libertades públicas como los de la igualdad, la dignidad de la persona, la libertad, la intimidad personal y familiar, la protección de los menores e incapaces y la protección de la familia" ". Véase respecto al contenido de la mediación, GARCÍA TOMÉ, M., "Evolución y expansión de la mediación en España", *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, núms. 48-49, julio 2005; FRUTOS SÁNCHEZ, P., "La mediación familiar. Principios fundamentales", en la obra *Mediación y protección de menores en el Derecho de familia*, en *Cuadernos de Derecho judicial*, 5, 2005, pp. 287-310; CUCARELLA GALIANA, L. A., "Consideraciones procesales en torno a la mediación familiar", *Anuario de Justicia alternativa*, 4, 2003, p. 233; LASHERAS HERRERO, P., "Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005", *REDUR* 5, diciembre 2007, p. 44.

¹⁴ Estas facultades de decisión se fundamentan en la propia dignidad de la persona, la igualdad de todos los españoles y su no discriminación, entre otras, por razón de religión y sexo (art. 14 CE), entendida ésta como una igualdad material, en conjunción con el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, consagrado en el art. 18 de la Constitución Española. Así lo señalan GÓMEZ CABELLO, "Los aspectos jurídicos de la mediación" (I-IV), *cit.*, y PÉREZ GIMÉNEZ, M^a. T., "La mediación familiar: perspectiva contractual", *Aranzadi Civil*, núm. 22/2006, 5 diciembre de 2008, BIB 2006\2785.

¹⁵ Recogen LAPASÍO CAMPOS, L., RAMÓN MARQUÉS, E., en "El proceso en la mediación familiar", en la obra *Mediación familiar*, *cit.*, pp. 142-145, los conflictos de pareja más frecuentemente judicializados, entre los que señalan conflictos estructurales (que recaen sobre todo en la custodia de los hijos), conflicto de lealtades, conflicto de ausencia de una de las partes, y conflicto de invalidación o descalificación del otro. Véanse los ámbitos de la mediación familiar que señala ORTUÑO MUÑOZ, J.P., "La mediación familiar", *Cuaderno de derecho judicial*, núm. 24, 2005 (Ejemplar dedicado a: Separación y divorcio), pp. 80-116.

¹⁶ Cfr. GARCÍA LONGORIA SERRANO, M. P., SÁNCHEZ URÍOS, A., "La mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares", *PORTULARIA* 4, 2004, pp. 261-268.

¹⁷ Recuérdese que en el 8, 2, de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares se dice explícitamente: "1. No hay contrato de mediación sin conflicto familiar (...)".

Por esta razón pueden ser objeto de los acuerdos adoptados en la mediación familiar cualquier pacto sobre los conflictos que puedan surgir en el seno de las relaciones familiares tanto de carácter personal y/o patrimonial derivados de las situaciones de separación y divorcio del matrimonio o ruptura de la convivencia de hecho, cuanto de conflictos de carácter personal y/o patrimonial surgidos entre miembros de la familia (concretamente, problemas surgidos en el ámbito de la adopción, de las relaciones de patria potestad, en el ámbito de la obligación de alimentos, controversias entre hermanos, discusiones por el reparto de bienes hereditarios, etc.) (así se recoge en los arts. 3 de la Ley 15/2003 de Canarias; 3, a), 13 y 21, 1, de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 3, 2, de la Ley 3/2007 del Principado de Asturias¹⁸; 3, 4 y 5, de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha; 3 de la Ley 1/2006 de Castilla-León; 8 de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares¹⁹; 8 de la Ley 1/2007 de la Comunidad de Madrid; 5 de la Ley 1/2008 del País Vasco, y 26 de la Ley de Andalucía).

Sin embargo, la propia legislación autonómica excluye determinadas materias del ámbito de la mediación, como los casos de violencia de género (arts. 22 bis de la Ley 1/2001 de Cataluña, y 8, 4, de la Ley 4/2001 de Galicia)²⁰.

De otro lado, los acuerdos que se adopten han de dar prioridad al interés superior de los hijos, menores o incapaces (arts. 6, 2 y 3, de la Ley 1/2001 de Cataluña; 8, 3, de la Ley 4/2001 de Galicia; 14 y 23 de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha; 6,2, de la Ley 1/2008 del País Vasco; 20, 3 y 21 de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares; 21, 3, de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 26, 3, de la Ley de Andalucía), y, cuando no hayan hijos, se ha de dar prioridad al interés del cónyuge o del miembro de la pareja más necesitado, teniendo en cuenta la edad, situación laboral, salud física y psíquica y duración de la convivencia (arts. 6, 2 y 3, de la Ley 1/2001 de Cataluña, y 8, 3, de la Ley 4/2001 de Galicia).

¹⁸ Sin embargo, en dichas Comunidades, Comunidad Valenciana y Principado de Asturias, se restringe la mediación familiar a las personas unidas con vínculo familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad.

¹⁹ De hecho, recuérdese que el art. 20 de esta ley señala como contenido de los mismos: "1. Los acuerdos que puede adoptar la parte familiar en conflicto no deben exceder nunca de las materias enumeradas en el art. 8 de esta ley.- Necesariamente deben tener como objeto lo que se haya determinado en el contrato de conformidad con el art. 9, a no ser que todos los sujetos amplíen de común acuerdo la materia a cuestiones conexas a las determinadas previamente".

²⁰ En este sentido, GARCÍA TOMÉ, "Evolución y expansión de la mediación en España", *cit.*, señala: "(...) hay que tener en cuenta, que la Mediación Familiar no es la solución para todos los conflictos Familiares, de tal manera que no es aconsejable gestionar ciertos conflictos en los que haya un desequilibrio grave de poder, patologías mentales, situaciones de amenazas y violencia sistemática en las relaciones, asuntos penales, o drogadicción. Porque en estos casos, las partes que se ven afectadas y, que a la vez, se comprometen a cumplir las obligaciones que se derivan de lo pactado, no se encuentran en plenas condiciones de capacidad para poder negociar y asumir compromisos. Por tanto se impide un correcto proceso de mediación"; LAPASÍO CAMPOS, L., RAMÓN MARQUÉS, E., "El proceso en la mediación familiar", en la obra *Mediación familiar*, *cit.*, p. 145, y SORIA VERDE, M.A., "Conflictos y mediación familiar", en la obra *Mediación familiar*, *cit.*, pp. 74-75, señala los supuestos en que la mediación está contraindicada. Por otra parte, la Ley Orgánica 1/2004, de 2 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, prohíbe terminantemente la práctica de la mediación en casos de violencia de género, en su art. 44, que incluye el art. 87 ter de la LOPJ.

El acuerdo adoptado puede ser total o parcial (así se permite en los arts. 10 de la Ley 1/2001 de Cataluña; 15, 2, de la Ley 4/2001 de Galicia; 20, 2, de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares; 20 de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 15, 1 de la Ley 3/2007 del Principado de Asturias, y 26, 2, de la Ley de Andalucía).

Será *parcial*, cuando no se adoptan acuerdos en todos los extremos del conflicto, sino en algunos de ellos (como materias relativas a la custodia de los hijos, al ejercicio de la potestad del padre o madre, régimen de visitas, uso de la vivienda familiar o a materias de carácter económico)

Será *total*, cuando existen pactos en todos los aspectos del conflicto.

Estos acuerdos pueden tomarse a iniciativa de la parte familiar o pueden ser el resultado de propuestas de la persona mediadora aceptada por los sujetos de la parte en conflicto (art. 20, 2, de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares).

Sin embargo, en la Ley 3/2007 del Principado de Asturias se distingue entre los *preacuerdos* (art. 16) y los *acuerdos* (art. 17).

El artículo 16 de dicha Ley, bajo la rubrica audiencia a terceros, señala: "1. Sobre los preacuerdos que pudieran afectarles se dará audiencia a los hijos, a los incapacitados judicialmente y, cuando las partes consideren conveniente, al resto de los miembros de la familia.- 2. La comunicación del contenido concreto de los preacuerdos será realizada por las partes en la mediación en presencia de la persona mediadora o, si aquéllas lo solicitarán, por ésta última.- 3. En todo caso, el mediador familiar informará a las partes sobre las posibles consecuencias procesales derivadas de realizar o no el trámite de audiencia a los terceros afectados indicados en el párrafo primero de este artículo".

En el artículo 17, relativo a los acuerdos, se recogen disposiciones similares a las que se establecen en otras de las leyes mencionadas en relación a su constancia en el Acta final, a su validez y obligatoriedad y a la posibilidad de ser elevados a la autoridad judicial para su ratificación o aprobación.

5. FORMALIZACIÓN DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN.

Una vez que las partes concretan los términos del acuerdo al que han llegado en el proceso de mediación, se firma el acta de mediación, acta que se distingue del convenio regulador firmado por las partes en un procedimiento de divorcio²¹.

²¹ La doctrina y la jurisprudencia han puesto de relieve las diferencias entre acuerdos derivados de la mediación y convenio regulador. Así, GÓMEZ CABELLO, *ob. cit.*, IV, estima que la diferencia más importante que se produce entre acuerdo mediador y convenio regulador se refiere a las diferentes materias que abarcan ambos acuerdos,

De la misma manera, también se extenderá un acta, aunque las partes no hayan llegado a ningún acuerdo.

De dicha Acta se entrega un ejemplar a cada parte (lo relativo al acta final se regula en los arts. 21 de la Ley 1/2001 de Cataluña; 16 de la Ley 4/2001 de Galicia²²; 14 de la Ley 15/2003 de Canarias; 17, 1 y 2, de la Ley 1/2006 de Castilla León; 19 de la Ley 1/2007 de la Comunidad de Madrid; 22, 2, de la Ley 1/2008 del País Vasco; 22 y 23 de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares; 19 de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 15 de la Ley del Principado de Asturias; y 23, 3 de la Ley de Andalucía).

De ello se deduce, que los acuerdos de la mediación siempre se formalizan por escrito, en documento de carácter privado, y, por tanto, con el valor y alcance que estos documentos tienen. Hay que recordar que el artículo 1225 del Código civil establece que “El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes”²³.

En la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana se señala que “Los acuerdos tomados podrán ser revisados en los casos y con los procedimientos propios de los

y además a la presencia en la mediación de una tercera persona, que no se requiere en el convenio regulador. Si bien el acuerdo de mediación puede abarcar todas aquellas materias, jurídicas o no, necesarias para las partes y que de común acuerdo han adoptado, el convenio regulador de divorcio ha de abarcar las materias recogidas en el art. 90 del C.c., el cual establece: “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, a los siguientes extremos: A. El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de esta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que lo viva habitualmente con ellos. B. Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos. C. La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. D. La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso. E. La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio. F. La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.- Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.- Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.- El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio”. Por su parte, distingue claramente convenio regulador y mediación, tanto por su contenido como por su alcance, la SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2007 (cuyo ponente fue J. P. Ortuño Muñoz), en la que las partes habían acudido a un proceso de mediación familiar durante el proceso de divorcio, habiendo alcanzado determinados acuerdos, respecto del cual el Juzgado de Primera Instancia no otorgó fuerza vinculante, y en cuya sentencia se afirma: “El acuerdo de mediación, a diferencia del Convenio regulador, no es un instituto procesal y tampoco está vinculado a los procedimientos del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Puede ser anterior a la judicialización del litigio, posterior al mismo, puede referirse únicamente a aspectos parciales del litigio o insertarse en un proceso contencioso, sin que sea obstáculo para que, respecto al resto de las cuestiones a resolver en una crisis matrimonial, se mantenga la controversia judicial contenciosa”, por lo que entiende que “la decisión de la juez de primera instancia de no reconocer efectos al acuerdo de mediación, al considerarlo una mera declaración de intenciones de carácter precontractual, es plenamente acertada y compartida por la Sala, por lo que no es de apreciar el error en la apreciación de las pruebas que, con carácter general, invoca el recurrente” (Fundamento de Derecho Segundo).

²² En esta Ley se establece que dicha Acta se pondrá en conocimiento de la autoridad judicial.

²³ Por otra parte, el art. 1227 del C.c. dispone: “La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio”.

contratos, elevándolos, en su caso, a la autoridad judicial, para que los valide" (art. 21, 4).

En alguna Ley se permite a las partes poder compelerse recíprocamente a elevar a escritura pública los acuerdos alcanzados en el procedimiento de mediación familiar y documentados en el acta final (art. 24 de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha).

6. VALIDEZ Y OBLIGATORIEDAD DE LOS ACUERDOS.

El acuerdo derivado de la mediación, si reúne las condiciones de validez de los mismos, expresadas tanto en la legislación autonómica como en la legislación ordinaria, es válido y eficaz jurídicamente, y las partes quedarán obligadas al cumplimiento del mismo. Así se señala expresamente en la legislación autonómica relativa a la mediación familiar (arts. 20 de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 9 y 14, párr. 4, de la Ley 15/2003 de Canarias²⁴; 7, f, de la Ley 1/2006 de Castilla León; 10, a, de la Ley 1/2007 de la Comunidad de Madrid; 17 de la Ley 3/2007 del Principado de Asturias; 16, b, de la Ley 1/2008 del País Vasco, y 26, 2, de la Ley de Andalucía), y se desprende de la regulación del Código civil en relación a los documentos privados.

El artículo 19 de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares establece, con respecto a los efectos de los acuerdos: "Los acuerdos entre los sujetos de la parte familiar en conflicto producen los efectos que les reconozca la legislación que les resulte aplicable, según la naturaleza de cada uno de ellos y una vez otorgados en la forma pública o privada o seguidos los procedimientos que aquella exija y cuando, además, se cumplan todos los requisitos de validez y eficacia que aquella imponga".

Sin embargo, otra cosa será su legalización definitiva y su oponibilidad frente a terceros, que requerirá, según sea la materia contenida en los mismos, la homologación judicial en el correspondiente proceso o la elevación a documento público.

7. EL DISTINTO ALCANCE DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN.

Hay que distinguir varias situaciones de las que pueden derivarse los acuerdos emanados de la mediación familiar para conocer cual será el alcance de su eficacia.

²⁴ Dicha norma señala expresamente: "Los acuerdos que consten en el acta final, serán válidos y obligarán a las partes que lo hayan suscrito, siempre que en ellos concurran los requisitos necesarios para la validez de los contratos".

Hay que recordar que el procedimiento de mediación familiar puede ser extrajudicial o intrajudicial, y si se trata de un procedimiento intrajudicial, tal proceso de mediación podrá iniciarse antes del comienzo de un proceso judicial, en el curso de éste o una vez concluido por resolución judicial firme (así se permite en los arts. 13, 2 y 3 de la ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 15, 1, de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha; 10, 2, de la Ley 3/2007 del Principado de Asturias, y 19 de la Ley de Andalucía)²⁵.

Distingamos estas varias posibilidades.

a) En la mediación extrajudicial. Las partes pueden haber recurrido a la mediación para establecer una serie de acuerdos sobre su situación personal y patrimonial, sin tener la intención de iniciar un procedimiento judicial. Es decir, el acuerdo se produce al margen de un proceso matrimonial de separación o divorcio.

No se dice nada en la legislación autonómica acerca de los efectos que deben producir estos acuerdos, excepto, de una manera general, que las partes vienen obligadas por éstos y que deben cumplirlos.

Estos acuerdos se reflejan en un documento escrito, el Acta final, que en principio, es un documento privado. Pero no por ello, con menor validez y eficacia obligatoria (a tenor de lo que disponen los artículos 1258 y 1278 del C.c.²⁶, por un lado, y 1225 del C.c., por otro), que cualquier otro pacto, acuerdo, negocio jurídico o contrato²⁷.

En esta situación, hay autores que señalan que, aunque el acuerdo sea válido, puede encontrar en la práctica importantes obstáculos para su eficacia. De manera que para evitar el incumplimiento por las partes de dichos acuerdos, se encuentra y justifica la necesidad de su legalización definitiva y oponibilidad frente a terceros, que

²⁵ Cfr. VILLAGRASA ALCAIDE, C., "Marco jurídico de la mediación familiar", en la obra *Mediación familiar. Conflicto: técnicas, métodos y recursos*, cit., pp. 181-182. Distingue también la posibilidad de iniciar un procedimiento de mediación durante las tres fases de los procesos matrimoniales (previo, durante y finalizado el proceso matrimonial), LASHERAS HERRERO, "Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005", cit., p. 50.

²⁶ Hay que recordar que los negocios jurídicos se rigen, a falta de norma expresa, por el régimen jurídico de las obligaciones y contratos, que se recogen en el Libro IV del Código civil, arts. 1088 y ss. y 1254 y ss. En este sentido, el art. 1258 establece: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley"; y el art. 1278 dispone: "Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez". Además hay que recordar también el art. 1091 que determina que: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos".

²⁷ Así se manifiestan también GARCÍA GARCÍA, I., "Gestión de conflictos familiares a través de la mediación", *Boletín de Derecho de familia El Derecho*, núm. 37, I de julio de 2004; MUÑOZ GARCÍA, C., "Aspectos jurídicos de la mediación familiar", *Revista de Derecho Privado*, núm. 87, marzo-abril 2003, p. 275; ORTUÑO MUÑOZ, J. P., "La mediación familiar", en *Familia: Revista ciencias y orientación familiar*, cit., p. 72, y VILLAGRASA ALCAIDE, C., "Marco jurídico de la mediación familiar", en la obra *Mediación familiar. Conflicto: técnicas, métodos y recursos*, cit., pp. 182-183. Entiende REQUENA, M., "La mediación familiar en el ámbito del Consejo de Europa", *Anuario de Psicología Jurídica*, 1999 (9), p. 184, que si las partes deciden no solicitar la ratificación del acuerdo, éste "tendrá el mismo estatuto jurídico que cualquier acuerdo de derecho privado y sólo perdurará mientras las partes lo apliquen".

podrá conseguirse a través de un procedimiento que homologue dichos acuerdos, que falta en nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, aunque dicha homologación puede conseguirse acudiendo al Notario²⁸, quien lo transcribirá en el correspondiente documento público para, si procede, su posterior inscripción en el Registro público pertinente.

b) Las partes pueden haber recurrido a la mediación antes de iniciar un procedimiento judicial.

Esta posibilidad se permite en el artículo 777, 2, de la Ley de Enjuiciamiento civil, que señala: "Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, *incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar*. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo".

El acuerdo conseguido mediante la mediación puede ser trasladado a los abogados de las partes²⁹, y éstos pueden incluirlo en el convenio regulador; para ser incorporado al proceso judicial que se inicie, con el fin de ser ratificado o aprobado por la autoridad judicial³⁰ (así se prevé en los arts. 22, I, de la Ley 1/2001 de Cataluña; 19, párr. 2º, de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 25, I, de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha, en donde también se permite que dichos acuerdos podrán ser utilizados por las partes para modificar un convenio regulador previamente pactado entre ellas o para modificar las medidas adoptadas judicialmente en un proceso de nulidad, separación o divorcio; 17, 3, de la ley 1/2006 de Castilla León; y 10, 2, y 17, 2, de la Ley 3/2007 del Principado de Asturias).

De otro lado, las partes pueden haber solicitado, con carácter previo a la demanda, medidas provisionales previas al proceso (art. 771 de la Lec). En dicha fase, las partes pueden también alcanzar un acuerdo mediante el proceso de mediación; si alcanzan tal acuerdo, total o parcial, éste se pondrá en conocimiento de Juez, para su ratificación, y si hay menores, del Ministerio Fiscal (art. 771, I, I, de la Lec)³¹. Si no existiere tal acuerdo, se seguirá el proceso por sus cauces habituales.

²⁸ Así lo señala PÉREZVALLEJO, A.M. "El proceso de mediación familiar y los «acuerdos adoptados»", en *Tendencias actuales en el Derecho de Familia*, Almería, 2004, p. 67.

²⁹ Sobre la actuación de los abogados como mediadores familiares, véase SÁNCHEZ PRIETO, A., "Mediación familiar y el abogado", en la obra *Mediación y protección de menores en el Derecho de familia*, en *Cuadernos de Derecho judicial*, 5, 2005, pp. 51-66.

³⁰ La SAP de Valencia de 13 de julio de 2006 reconoce la eficacia de los acuerdos adoptados en una mediación familiar (Fundamento de Derecho Segundo).

³¹ Así, LASHERAS HERRERO, "Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005", *cit.*, p. 53, y PRATS ALBENTOSA, L., "Mediación familiar y proceso", *Iuris*, julio 2008, p. 20.

c) Las partes pueden haber recurrido a la mediación durante la realización de un procedimiento judicial en curso³².

Prevé esta posibilidad el artículo 770, 7ª, de la Ley de Enjuiciamiento civil, introducido por la 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, al señalar: "7ª. Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley para someterse a mediación".

En este caso, si las partes alcanzan acuerdos en el proceso de mediación, dichos acuerdos podrán incorporarse al procedimiento judicial para su ratificación y aprobación (así lo establecen los arts. 22,1, de la Ley 1/2001 de Cataluña; 19, párr. 4, de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; y 16 de la Ley 1/2007 del Principado de Asturias³³).

La petición de suspensión formulada al Juez, no vincula a éste, pues puede denegarla fundadamente, como que la mediación pudiera perjudicar a tercero³⁴,

³² Señala REQUENA, M., "La mediación familiar en el ámbito del Consejo de Europa", *cit.*, p.184, que la "relación entre el proceso de mediación y el procedimiento judicial no debe ser considerada como concurrente sino que es complementaria, e incluso en aquellos casos en los que a través del proceso de mediación no se consigue obtener un acuerdo y es necesario que los conflictos los resuelva la autoridad judicial, quizás la mediación ha podido servir para reducir la tensión entre las partes así como la conflictividad entre ellas". Por otra parte, hay autores que han relatado la experiencia llevada a cabo en los Tribunales Españoles antes de la publicación de las leyes autonómicas sobre mediación familiar; así IBAÑEZ VALVERDE, V.J., "Mediación familiar intrajudicial", *Papeles del psicólogo*, junio, núm. 73, 1999, cuenta la experiencia llevada a cabo en los Juzgados de Familia de Madrid, y LASHERAS HERRERO, P., "Mediación familiar intraprocésal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005", *REDUR* 5, diciembre 2007, pp. 47-48, relata otros casos en otros Juzgados, con resultados positivos. Véase también las propuestas de MEJIAS GÓMEZ, J.F., *Mediación familiar*, en la obra *Mediación y protección de menores en el Derecho de familia*, en *Cuadernos de Derecho judicial*, 5, 2005, pp. 115-145, quien estima que, en el ámbito del Derecho de Familia, y a diferencia de lo que podría ocurrir en otros campos del Derecho Civil, la derivación a la mediación la realizará siempre el Juez, en cumplimiento de lo establecido en los arts. 39.1 de nuestra Constitución y 158.3 del Código Civil, señalando que el mediador, en la fase anterior a dictar sentencia, debe ser un tercero, mientras que después de dictada sentencia debe ser el propio Juez "ya que lo esencial del conflicto ya está resuelto en la sentencia y el auto que resuelva los desacuerdos producidos entre las partes no variará en nada el contenido de la sentencia", aunque considera que "la mediación propiamente dicha tampoco debe hacerla el Juez, más bien él debe ser el inductor o promotor de la mediación, que será realizada por otras personas". Por su parte, señala VALL RIUS, A., "La mediación: realidad y retos de futuro", *Diario La Ley*, núm. 6954, 27 mayo 2008, que "la experiencia de mediación intrajudicial auspiciada por el Consejo General del Poder Judicial e iniciada en el año 2006, en los juzgados de Madrid, Barcelona, Sevilla, Palma de Mallorca, Pamplona y Málaga, con la imprescindible implicación de los magistrados y de sus respectivas oficinas judiciales y con resultados totalmente satisfactorios, representa un auténtico hito en España, respecto a la mediación en el ámbito judicial".

³³ Dicho precepto dispone explícitamente: "Cuando existan actuaciones judiciales en curso, las partes, de mutuo acuerdo, podrán acudir a la mediación familiar de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal".

³⁴ El art. 752 de la Lec establece: "2. La conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos. (...) 4. Respecto de las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refieren este título, y que tengan por objeto materias sobre las que las partes pueden disponer libremente según la legislación civil aplicable, no serán de aplicación las especialidades contenidas en los apartados anteriores". Asimismo, el art. 90 del C.c. dispone que: "Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para

salvo los acuerdos que se basen en la autonomía de las partes y sean, por tanto, disponibles para las mismas (arts. 751, 3 y 752, 2 y 4, de la Lec).

d) Por último, cabe una mediación realizada por indicación de la autoridad judicial³⁵, con suspensión del curso de las actuaciones judiciales

En este caso, la persona mediadora ha de comunicar a la mencionada autoridad³⁶ si se ha llegado a un acuerdo o no (así lo establece expresamente el art. 22, 2, Ley 1/2001 de Cataluña).

Ahora bien, esta indicación del Tribunal no puede imponerse a las partes, por la propia naturaleza de la mediación familiar; una de cuyas características fundamentales es la voluntariedad del proceso³⁷

En todos los casos anteriores, en que los acuerdos se recogen en el procedimiento judicial y son ratificados por la autoridad judicial, dichos acuerdos tiene la eficacia de las resoluciones judiciales firmes, produciendo, por tanto, los efectos de cosa juzgada³⁸.

Ahora bien, el Juez puede ratificar aquellos acuerdos que versen sobre materias de derecho privado, de las que puedan disponer libremente las partes, pero no

su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio". Cfr. CAMPO IZQUIERDO, A.L., "La mediación familiar como complemento del proceso judicial de familia", *Revista de Derecho de familia*, 2005 (26), p. 289; y PRATS ALBENTOSA, L., "Mediación familiar y proceso", *cit.*, p. 19.

³⁵ Muchas cuestiones plantea la decisión del Juez de suspender el juicio y remitir a la mediación, que son puestas de manifiesto por LASHERAS HERRERO, "Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005", *cit.*, pp. 56-57. Véanse sobre la mediación judicial, ORTUÑO MUÑOZ, P., "La aprobación de los acuerdos en mediación familiar", en *Apuntes de Psicología* 18 (2-3), Sevilla, 2000, p. 290; BOLAÑOS, I., "Mediación Familiar en contextos judiciales", en *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, coord. A. Poyatos, Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2003; CUCARELLA GALIANA, L.A., "Consideraciones procesales en torno a la mediación familiar", *Anuario de Justicia alternativa*, 4, 2003; GRANADOS PÉREZ, F., "Mediación y Administración de Justicia", *Cuadernos de Derecho Judicial V*, Consejo General del Poder Judicial, 2005; MARTÍN NÁJERA, T., "La mediación intrajudicial", *Cuadernos de Derecho Judicial V*, Consejo General del Poder Judicial, 2005; MEJÍA, J. F., "La mediación judicial", en *Congreso Internacional de Mediación Familiar*, Valladolid, 31 de Mayo y 1 de Junio de 2004; ROMERO NAVARRO, F., "La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación a los padres. El papel del mediador", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 40, Madrid, 2002. Por otra parte, existen numerosas sentencias en las que el Tribunal recomienda a las partes el sometimiento a una mediación familiar para resolver cuestiones concretas (vgr. Ss. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Castellón de 30 de diciembre de 2005; Juzgado de Primera Instancia de Familia de Sevilla de 9 de enero de 2007; AP Barcelona de 17 de octubre de 2003, 19 de mayo y 13 de julio de 2006; AP de Cádiz de 22 de marzo, 17 de mayo, y 13 de septiembre de 2006; AP de Granada de 5 de mayo de 2006; AP de Las Palmas de 6 de abril de 2005; AP de León de 16 de mayo de 2005; AP de Madrid de 3 de octubre de 2006; AP de Sevilla de 28 de septiembre de 2005; AP de Soria de 24 de noviembre de 2004 y 29 de mayo de 2007, y AP de Valencia de 14 de noviembre de 2005 y 18 de enero de 2006).

³⁶ Señala dicho precepto que dicha comunicación se ha de dar en el plazo máximo de cinco días desde la finalización de la mediación.

³⁷ En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ, J. P., "La mediación familiar", en *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, *cit.*, p. 77, y PRATS ALBENTOSA, *ob. cit.*, p. 20. Y así lo señala también la SAP de Alicante de 11 de febrero de 2000 y SAP de Cádiz de 25 de marzo de 2006.

³⁸ En este sentido, MUÑOZ GARCÍA, *ob. cit.*, p. 275. El AAP de Barcelona de 7 de diciembre de 2002 confirma el Auto del Juzgado de Primera Instancia en el que se había adoptado la mediación familiar para establecer un régimen de visitas de los progenitores respecto a la menor, que una de las partes había impugnado; en el mismo sentido, y también sobre un caso de régimen de visitas, mantuvo la resolución del Juzgado de Primera Instancia, el AAP de Madrid de 17 de septiembre de 2004.

de *ius cogens*, pues en este caso no queda vinculado por los acuerdos, sino que podrá modificarlos o sustituirlos si lo considera procedente (art. 75 I, 3, de la Lec en relación con el citado art. 1255 del C.c.)³⁹.

Tanto si la mediación familiar se ha llevado a cabo por iniciativa propia de los interesados con carácter previo a un posible procedimiento judicial, como si por el contrario, se recurre a la misma una vez iniciado el proceso de nulidad, separación o divorcio, de carácter contencioso, bien en la fase de medidas provisionales, bien en la fase declarativa, el acuerdo al que se llegue, plasmado en el acta final de la mediación, se controla judicialmente al hacer la propuesta de convenio regulador que necesariamente ha de adjuntarse a la demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo, en el primer caso, o bien puede ser trasladado por los abogados de las partes a la propuesta de convenio regulador que se incorpora al proceso judicial ya en curso, a fin de ser ratificado por las mismas y aprobado, si procede, por el Juez⁴⁰.

De ahí, que algunos autores señalen que, desde un punto de vista interno (del contenido del acuerdo) es importante que, cuando la mediación familiar se utilice en el marco de las crisis de pareja, los acuerdos que se adopten se ajusten cuanto menos al contenido mínimo que para dicho convenio prevé el Código Civil en el artículo 90⁴¹.

e) Finalmente cabe hacer referencia a un proceso de mediación que se puede producir una vez concluido el proceso jurisdiccional, para prevenir el incumplimiento de las resoluciones judiciales o solucionar situaciones nuevas que se produzcan con posterioridad⁴².

En este sentido, el artículo 25, 2, de la Ley de Castilla-La Mancha, dispone que los acuerdos resultado de un proceso de mediación familiar “podrán ser utilizados por las partes para modificar un convenio regulador previamente pactado entre ellas o para modificar las medidas adoptadas judicialmente en un proceso” matrimonial. En el caso de que se modifiquen las medidas adoptadas en un proceso jurisdiccional, las

³⁹ Así, el art. 751 de la Lec dispone: “Artículo 751. Indisponibilidad del objeto del proceso: 1. *En los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción.*- 2. *El desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal, excepto en los casos siguientes: 1º En los procesos de declaración de prodigalidad, así como en los que se refieran a filiación, paternidad y maternidad, siempre que no existan menores, incapacitados o ausentes interesados en el procedimiento.*- 2º *En los procesos de nulidad matrimonial por minoría de edad, cuando el cónyuge que contrajo matrimonio siendo menor ejercite, después de llegar a la mayoría de edad, la acción de nulidad.* 3º *En los procesos de nulidad matrimonial por error, coacción o miedo grave.*- 4º *En los procesos de separación y divorcio.*- 3. *No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este Título y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable, podrán ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento, conforme a lo previsto en el capítulo IV del Título I del Libro I de esta Ley*”. Cfr: PRATS ALBENTOSA, *ob. cit.*, p. 20.

⁴⁰ Así, PÉREZ GIMÉNEZ, “La mediación familiar: perspectiva contractual”, *Aranzadi Civil*, núm. 22/2006, 5 diciembre de 2008, *cit.*

⁴¹ PÉREZ GIMÉNEZ, *lug. últm. cit.*

⁴² Así lo señala LASHERAS HERRERO, “Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005”, *cit.*, pp. 54-55.

partes deben presentar tales acuerdos al Juzgado para que, a través de su aprobación judicial, quede constancia de que se ha producido dicha modificación.



PREVENCIÓN DEL TERRORISMO

TERRORISM PREVENTION

Rev. boliv. de derecho n° 8, julio 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 232- 241



Alfonso
ORTEGA

RESUMEN: Una Decisión de la Comisión Europea de 14 de mayo de 2004, acompañada por el Acuerdo Internacional concluido entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, de 28 de mayo de 2004, estableció el marco jurídico que permitía a las compañías aéreas transferir los datos PNR de los pasajeros. Tras la anulación de ambos instrumentos por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en 2006, el marco fue sustituido en un primer lugar por el Acuerdo provisional entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de 16 de octubre de 2006 y, después, por el Acuerdo firmado el 23 de julio de 2007 por la UE y el 26 de julio por los EE.UU.

PALABRAS CLAVE: Datos de carácter personal, tratamiento de datos, transferencia internacional, terrorismo, Unión Europea, EE.UU.

ABSTRACT: *A May 14, 2004, Decision of the European Commission and the May 28, 2004, International Agreement between the European Union and the United States of America, have created the legal frame to allow the airlines the transference of the passengers information data. After the annulment of both sources by the Court of Justice of the European Communities in 2006, the legal frame was substituted first by the October 16, 2006, Provisional Agreement between the European Union and the United States of America and, after, by the Agreement signed on July 23, 2007 by the EU and on July 26, 2007 by USA.*

KEY WORDS: *Private Information, Data Transference, International Transference, Terrorism, European Union, USA.*

SUMARIO: I. Planteamiento.- II. El tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad Nacional, Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras, de los EE.UU.- III. Reflexión final.- IV. Bibliografía básica recomendada.

I. PLANTEAMIENTO.

1. La transferencia internacional de datos de un Estado a otro es un tema de especial atención en todas las legislaciones en materia de protección de datos de carácter personal de nuestro entorno. La necesidad de conciliar los derechos de los ciudadanos con el movimiento internacional de datos obliga a que las normas reguladoras en la materia partan de un principio general de prohibición de la transferencia a países que no garanticen un nivel de protección adecuado. De esta forma, sobre la base del artículo 25.4 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos¹, se considerará que ofrecen un nivel de protección adecuado, además de los Estados miembros de la UE, aquellos terceros Estados respecto de los cuales la Comisión Europea haya declarado la existencia de esa adecuación. Pues bien, desde 2004, en virtud de este Acuerdo se considera que el Departamento de seguridad nacional (en lo sucesivo, "DHS") ofrece un nivel adecuado de protección de los datos de los pasajeros que se transfieren desde la Unión Europea en relación con vuelos internacionales de transporte de pasajeros con origen o destino en los Estados Unidos.

2. Tras los atentados del 11-S, los EE.UU. adoptaron varias leyes y normativas que obligan a las compañías aéreas que vuelan a su territorio a transferir a la administración de los EE.UU. los datos personales de los pasajeros y miembros de la tripulación de aeronaves que vuelan desde, hacia o vía los EE.UU. En concreto, las autoridades estadounidenses obligan a las compañías aéreas a dar a su Departamento de Seguridad del Territorio Nacional (*Department of Homeland Security*, en lo sucesivo DHS) acceso electrónico a los datos de los pasajeros contenidos en el registro de nombres de los pasajeros (en lo sucesivo, datos PNR) de los vuelos con destino, procedentes o vía los EE.UU. Las compañías aéreas que no cumplan estas obligaciones podrán tener que enfrentarse a duras sanciones, incluida la pérdida de sus derechos de aterrizaje, al margen de los retrasos que sus pasajeros podrían sufrir en sus viajes a los EE.UU.

¹ DO L 281, p. 31.

• Alfonso Ortega Giménez

Profesor de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche, alfonso.ortega@umh.es.

Una Decisión de la Comisión Europea de 14 de mayo de 2004, acompañada por el Acuerdo Internacional concluido entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, de 28 de mayo de 2004, estableció el marco jurídico que permitía a las compañías aéreas transferir los datos PNR de los pasajeros. Tras la anulación de ambos instrumentos por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en 2006, el marco fue sustituido en un primer lugar por el Acuerdo provisional entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de 16 de octubre de 2006 y, después, por el Acuerdo firmado el 23 de julio de 2007 por la UE y el 26 de julio por los EE.UU.

II. EL TRATAMIENTO Y LA TRANSFERENCIA DE LOS DATOS DE LOS EXPEDIENTES DE LOS PASAJEROS POR LAS COMPAÑÍAS AÉREAS AL DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD NACIONAL, OFICINA DE ADUANAS Y PROTECCIÓN DE FRONTERAS, DE LOS EE.UU.

3. El pasado 17 de mayo de 2004, mediante Decisión del Consejo Europeo, sobre la base jurídica del artículo 95 del TCE, se aprobó el Acuerdo entre la UE y los EE.UU. sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras, de los EE.UU.² Dicho Acuerdo tenía una doble razón de ser: por un lado, convertirse en un instrumento más de prevención y combate contra el terrorismo y los delitos relacionados con el terrorismo y otros delitos graves de carácter transnacional, incluido el crimen organizado; y, por otro lado, adaptarse a la reglamentación estadounidense –aprobada como consecuencia de los tristes acontecimientos del 11-S–, que obligaba y obliga a que las compañías aéreas que efectúen vuelos de pasajeros en líneas de transporte aéreo con punto de origen o de destino en los EE.UU. proporcionen al DHS, Oficina de aduanas y de protección de fronteras (a partir de ahora, “CBP”), acceso electrónico a los datos del expediente de los pasajeros (en adelante, “PNR”) en la medida en que se recojan y estén incluidos en los sistemas informatizados de control de reservas / salidas de las compañías aéreas.

De esta forma, la CBP puede acceder de forma electrónica a los datos de los expedientes de los pasajeros procedentes de los sistemas de control de reservas / salidas de las compañías aéreas situados en la UE, que efectúan vuelos de pasajeros en líneas de transporte aéreo con el extranjero con punto de origen o de destino en los EE.UU. La CBP, por su parte, trata los datos recibidos de los expedientes de los pasajeros y a los titulares de esos datos afectados por el tratamiento de los mismos de conformidad con la legislación y los requisitos constitucionales de los

² DO L 183, p. 83, y corrección de errores en DO 2005, L 255, p. 168.

EE.UU., sin discriminación contraria a la ley, en particular por razón de la nacionalidad y el país de residencia.

4. Así, desde hace algunos años, las compañías aéreas que vuelan a los EE.UU. deben entregar –de los aproximadamente más de 320 millones de pasajeros que viajan anualmente entre la UE y los EE.UU.–, hasta 15 minutos antes del despegue del avión, 34 datos con información del viajero; en caso contrario, se pueden enfrentar a multas de 6.000 euros por pasajero y a la prohibición de aterrizar en suelo estadounidense. Se trata de datos tales como la dirección, el teléfono, **e-mail**, el número de la tarjeta de crédito del pasajero, el número de etiqueta de las maletas, la agencia de viajes en la que el pasajero adquirió el billete, o los viajes anteriores que ha realizado dicha persona.

5. En este contexto, el Parlamento Europeo, unos meses más tarde de la aprobación de dicho Acuerdo –el pasado 27 de julio de 2004–, solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE) la anulación de dicho Acuerdo por infracción de la Directiva 95/46/CE.

El Parlamento Europeo invocó cuatro motivos de anulación, basados respectivamente en la violación del principio de legalidad, de los principios básicos de la mencionada Directiva 95/46/CE, de los derechos fundamentales y del principio de proporcionalidad; en particular, los argumentos esgrimidos fueron los siguientes:

a) En primer lugar, el Parlamento Europeo sostuvo que el Acuerdo se adoptó **ultra vires**, dado que no se respetó lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE, y que infringía en particular el artículo 3, apartado 2, primer guión, de ésta, según el cual quedan excluidas las actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. La Comisión Europea –férrea defensora de dicho Acuerdo– argumentó que las actividades de las compañías aéreas estaban claramente incluidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, pues, precisamente, el objetivo que persiguen las compañías aéreas con el tratamiento de los datos es respetar las exigencias del Derecho comunitario.

Pero, en este sentido, el TJCE ha determinado que el artículo 3, apartado 2, primer guión, de la Directiva 95/46/CE excluye de su ámbito de aplicación el tratamiento de datos personales efectuado en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, como las previstas por las disposiciones de los Títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo, TUE), y, en cualquier caso, el tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado y las actividades del Estado en materia penal. En consecuencia, la transferencia de datos UE-EE.UU. constituye un tratamiento que tiene por objeto la seguridad pública y las actividades del Estado en materia penal. Si bien es correcto considerar que los datos de los PNR son inicialmente recogidos

por las compañías aéreas en el marco de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, —esto es, la venta de un billete de avión que da derecho a una prestación de servicios—, sin embargo, el tratamiento de datos contemplado en el Acuerdo tiene una naturaleza bien distinta.

No obstante, de ello no se desprende que, debido al hecho de que los datos sean recogidos por operadores privados con fines mercantiles y de que sean éstos quienes organizan su transferencia a un Estado tercero, dicha transferencia no esté incluida en el ámbito de aplicación de la citada disposición, ya que, a juicio del TJCE, esta transferencia se inserta en un marco creado por los poderes públicos y cuyo objetivo es proteger la seguridad pública.

b) En segundo lugar, El Parlamento Europeo alegó que el artículo 95 del Tratado de la Comunidad Europea (a partir de ahora, TCE) no constituye una base jurídica adecuada para la adopción del Acuerdo entre la UE y los EE.UU., ya que éste no tiene por objeto y contenido el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior; contribuyendo a la eliminación de obstáculos a la libre prestación de servicios, y no contiene disposiciones que persigan la consecución de este objetivo; su finalidad consiste en legalizar el tratamiento de datos personales impuesto por los EE.UU.

La Comisión Europea señaló que existía un “conflicto de leyes” en el sentido del Derecho internacional público entre la legislación estadounidense y el Derecho comunitario, además de alegar que el artículo 95 del TCE era suficiente base jurídica para la adopción del controvertido Acuerdo entre la UE y los EE.UU.

Pues bien, a juicio del TJCE, el artículo 95 del TCE no puede constituir la base de la competencia de la UE para celebrar el Acuerdo, dado que éste se refiere a tratamientos de datos que no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 95/46/CE.

6. En definitiva, el TJCE procedió a anular el Acuerdo entre la UE y los EE.UU. sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras, de los Estados Unidos, aunque manteniendo sus efectos hasta el próximo 30 de septiembre de 2006, para facilitar la ejecución de la sentencia por razones de seguridad jurídica y de protección de las personas afectadas.

De esta forma, el TJCE, únicamente entró a valorar como motivo de anulación invocado por el Parlamento Europeo, como ya hemos tenido ocasión de comentar, la violación del artículo 3.2 de la Directiva 95/46/CE, ya que este precepto excluye del ámbito de aplicación de la Directiva todo tratamiento de datos que tenga por objetivo la seguridad pública, la defensa, la seguridad del estado y las actividades

del estado en materia penal, siendo este el ámbito de aplicación del Acuerdo UE-EE.UU.

Aunque la recogida de los datos se hace en el marco de la actividad comercial de las compañías aéreas –que entra dentro del marco comunitario– el carácter del tratamiento de los mismos previsto en el citado Acuerdo no entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 95/46/CE.

Por otro lado, el Acuerdo UE-EE.UU. no puede basarse en el artículo 95 del TCE, ya que una disposición del TCE no puede ser la base legal para la elaboración de un acuerdo internacional que dé cobertura a dicho tratamiento.

7. Ahora bien, a nuestro juicio, ésta hubiera sido una magnífica oportunidad para que el TJCE entrara a valorar el fondo del Acuerdo UE-EE.UU., determinando si el tratamiento de datos fruto de un Acuerdo de este tipo es acorde o no con el Derecho comunitario, esto es, que se hubiera pronunciado sobre si la entrega de datos personales amparada en este Acuerdo vulnera los derechos individuales de los pasajeros; y, no quedarse en una simple “corrección formal” a la Comisión Europea.

No obstante, la solución la tenía la Comisión Europea al alcance de su mano: negociar un nuevo acuerdo con los EE.UU. sobre la base jurídica del Tercer Pilar de Asuntos de Justicia e Interior; donde las decisiones se adoptan por unanimidad al margen del Parlamento Europeo, o bien que cada uno de los 27 Estados miembros de la UE celebren acuerdos bilaterales de entrega de datos personales con los EE.UU.

8. Tras la anulación de ambos instrumentos por parte del TJCE, en 2006, el marco fue sustituido en un primer lugar por el Acuerdo provisional entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, de 16 de octubre de 2006 y, después, por el Acuerdo firmado el 23 de julio de 2007 por la UE y el 26 de julio por los EE.UU.

Así las cosas, las compañías aéreas, las agencias de viaje y los sistemas informatizados de reserva siguen sin informar sistemática y adecuadamente a los pasajeros de vuelos trasatlánticos sobre la recogida y transferencia de sus datos PNR. Ahora bien, para hacer frente a esta situación, ¿qué directrices deben seguir las compañías aéreas, las agencias de viaje y los sistemas informatizados de reserva sobre el modo en que debería ofrecerse la información? En este sentido, básicamente, cuatro serían los interrogantes a despejar³:

³ Vid., en sentido amplio, Dictamen del Grupo de Trabajo del artículo 29 sobre protección de los datos 2/2007, relativo a la información de los pasajeros en relación con la transferencia de datos PNR a las autoridades de los Estados Unidos, emitido el 15 de febrero de 2007 y revisado y actualizado el 24 de junio de 2008. Informes WP 132 (00345/07/ES) e Informe WP 151 (00345-01/07/ES).

a) ¿Quién debería dar la información?

La obligación de informar al interesado recae en el responsable del tratamiento de los datos. En el caso del PNR, éste puede ser una o varias compañías aéreas. La obligación de informar a los pasajeros también incumbe a las agencias de viaje y a los sistemas informatizados de reserva.

b) ¿En qué momento debería suministrarse la información?

Deberá suministrarse información a los pasajeros antes o en el momento en el que el pasajero acepta comprar el billete de avión.

c) ¿Qué información debería darse?

El contenido de la información a suministrar incluye la identidad del responsable del tratamiento, los fines del tratamiento y cualquier otra información en la medida en que, habida cuenta de las circunstancias específicas en que se hayan obtenido los datos, dicha información suplementaria resulte necesaria para garantizar un tratamiento de los datos leal respecto del interesado.

d) ¿Cómo debe darse la información?

La decisión sobre cómo dar la información incumbe a quienes tienen la obligación de suministrarla, es decir, a las compañías aéreas, las agencias de viajes y los sistemas informatizados de reserva. En cualquier caso, la información se deberá suministrar de modo que se garantice que el pasajero está al corriente de la toma y tratamiento de sus datos PNR.

III. REFLEXIÓN FINAL.

9. El pasado 30 de mayo de 2006, el TJCE anuló el Acuerdo entre la UE y los EE.UU. sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad nacional, Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras, de los EE.UU. –por violación del artículo 3.2 de la Directiva 95/46/CE, ya que este precepto excluye del ámbito de aplicación de la Directiva todo tratamiento de datos que tenga por objetivo la seguridad pública, la defensa, la seguridad del estado y las actividades del estado en materia penal, siendo este el ámbito de aplicación del Acuerdo UE-EE.UU.–, aunque mantuvo sus efectos hasta el pasado 30 de septiembre de 2006, para facilitar la ejecución de la propia sentencia por razones de seguridad jurídica y de protección de las personas afectadas.

Así las cosas, la solución pasaba por o bien, negociar un nuevo acuerdo con los EE.UU. sobre la base jurídica del Tercer Pilar de Asuntos de Justicia e Interior; donde las decisiones se adoptan por unanimidad al margen del Parlamento Europeo, o bien que cada uno de los 27 Estados miembros de la UE celebren acuerdos bilaterales de entrega de datos personales con los EE.UU.

10. En este contexto, la decisión adoptada por la UE de alcanzar un Acuerdo global que permita la transferencia de datos de los pasajeros con destino a los EE.UU. nos plantea algunas dudas.

Es muy loable el fin perseguido con este nuevo Acuerdo: el deseo de la UE y los EE.UU. por prevenir y combatir con eficacia el terrorismo y la delincuencia transnacional, como medio de protección de sus respectivas sociedades democráticas y de sus valores comunes; y, en la importancia que revisten la prevención y la lucha contra el terrorismo, los delitos afines y otros delitos graves de carácter transnacional, incluida la delincuencia organizada, al tiempo que se respetan los derechos y las libertades fundamentales, especialmente la intimidad.

Ahora bien, a nuestro juicio, no es tan claro que el tratamiento de datos fruto de este nuevo Acuerdo sea acorde con el Derecho comunitario, que se respeten los derechos fundamentales y, en particular, el derecho conexo relativo a la protección de los datos personales, consagrado en el artículo 6, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea; habrá que esperar a la puesta en práctica del mismo, a comprobar la información que les es requerida a los pasajeros para, en definitiva, valorar si dicho Acuerdo supone la vulneración de los derechos individuales de los pasajeros.

IV. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA RECOMENDADA.

ÁLVAREZ CIVANTOS, Oscar José, *Normas para la implantación de una eficaz protección de datos de carácter personal en empresas y entidades*, Editorial Comares, Granada, 2001.

CASTAÑEDA GONZÁLEZ, Alberto, BONADEO FIOONI, Rodrigo y SÁNCHEZ ECHEVARRÍA, Jesús, *Guía práctica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2002.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *Derecho privado de Internet*, Civitas, 3ª edición, Madrid, 2002.

DEL PESO NAVARRO, Emilio, *Ley de Protección de Datos. La nueva LORTAD*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2000.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, "Transferencia internacional de datos de carácter personal: UE vs. EE.UU.", en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche*, número 2 (2007), pp. 210-219.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, "Nuevo marco regulador de la transferencia de datos de pasajeros en vuelos entre Estados Unidos y la Unión Europea al Departamento de Seguridad Nacional norteamericano", en *IURIS. Actualidad y Práctica del Derecho*, Número 114, La Ley, Madrid, Marzo 2007, pág. 64.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, "Transferencia de datos de pasajeros en vuelos entre los EEUU y la UE", en *IURIS. Actualidad y Práctica del Derecho*, Número 108, La Ley, Madrid, Septiembre 2006, pp. 51-53.

COMENTARIOS
NORMATIVOS



OBJECCIÓN Y CONTESTACIÓN A LA QUERRELLA

Jerjes Justiniano Atalá*

En los pocos años de aplicación plena del Código de Procedimiento Penal (no llegamos aún a los seis), todavía no contamos con criterios uniformes en cuanto a muchos de los procedimientos allí contenidos, entre los que se puede apreciar el trámite que se aplica a los delitos de acción privada.

Gran parte de los abogados litigantes nos encontramos a veces en la incertidumbre de no saber cómo actuará tal o cual juzgador. Al parecer vanos han sido los esfuerzos de los innumerables cursos, seminarios y talleres de capacitación a los que asisten los jueces, toda vez que de ellos aún no ha emergido “humo blanco”.

Evidentemente el llamado a poner solución definitiva a esta situación es el Recurso de Casación, pues tendrá que existir un pronunciamiento vinculante por parte de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia o del Tribunal Supremo de Justicia como se la ha venido a denominar ahora.

El presente ensayo no pretende enumerar los variados procedimientos que no cuentan con una uniformidad por parte del ente jurisdiccional, sino que tan solo abordaremos una de ellas, cual es el trámite para la admisión de la querrela y posterior acusación en los delitos de acción privada.

En tal sentido diremos que inicialmente, en los primerísimos años de aplicación del C.P.P., ya existía una discrepancia entre si debía primero admitirse la querrela o si primero debería señalarse audiencia de conciliación y en caso de no avenirse a ella, recién debería proseguirse con el tema de la admisibilidad. Es más, hasta la fecha hay quienes lo hacen de manera simultánea, es decir, admiten la querrela, otorgan al querrellado el plazo de tres días para objetarla y al mismo tiempo señalan audiencia de conciliación; e inclusive hay algunos que, de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 123 del C.P.P., señalan que ese Auto de admisión de la querrela es susceptible de ser recurrido mediante el recurso de reposición, previsto en el artículo 401 del C.P.P., olvidando que tal recurso es procedente solo contra las providencias de mero trámite.

Por otro lado, al parecer en algunos juzgadores el concepto “vinculante” contenido en el artículo 44 de la Ley del Tribunal Constitucional, admite la posibilidad de

* Especialidad en Derecho Procesal Penal por la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno. Abogado litigante.

aplicación parcializada y aún cuando una sentencia puede ser lo suficientemente clara, específica y concreta, se resisten a aplicarla por tener ellos un criterio distinto a la "línea jurisprudencial".

Me refiero específicamente a las Sentencias Constitucionales 115/2004-R de 28 de enero y la 279/2007-R de 17 de abril; la segunda de estas sentencias menciona a la primera, por lo que se tiene consolidada la línea jurisprudencial.

Es así que esta línea jurisprudencial establece: "La objeción de la querrela, es un mecanismo procesal que la Ley confiere al imputado, para que observe la admisibilidad de la misma y la personería del querellante, por consiguiente debe ser resuelta antes de su admisión y antes de cualquier otro actuado procesal, sin que pueda ser suplido con otros recursos como la interposición de excepciones. Esta es la línea jurisprudencial sentada por la SC 0115/2004-R, de 28 de enero de 2004, que dispone: "... el Juez no podía dejar de pronunciarse previamente sobre la objeción de la querrela, de modo que lo actuado a partir de esa omisión, resulta ilegal no pudiendo convalidarse a través de un procedimiento tardío sobre la mencionada objeción (...) ello acarrea la nulidad de obrados".

De acuerdo con lo anterior, se tiene que el Tribunal Constitucional ha establecido que, antes de admitir la querrela, debe darse lugar a que la parte querellada pueda plantear el recurso de objeción a la admisibilidad de la misma o en su caso contestarla, por ello, de manera categórica dicha sentencia posteriormente establece: "De lo expuesto se tiene que el Juez recurrido, no cumplió lo previsto en el art. 291 del CPP, dado que una vez presentada la querrela debió correr traslado al imputado y notificarle (aunque el procedimiento no lo diga expresamente), para que la responda u objete en el plazo de tres días a partir de su notificación, antes de admitirla, así se infiere de la norma señalada y aplicada en la jurisprudencial glosada."

Para tratar de entender estos dos aspectos (objetar y contestar la querrela) es importante destacar lo siguiente: no tendría sentido objetar la querrela si ella ya ha sido admitida, por ejemplo miremos de manera análoga qué es lo que sucede en los delitos de acción pública, específicamente el caso cuando es el fiscal quien puede interponer el recurso de objeción a la admisibilidad de la querrela, éste la objeta, obviamente sin que se hubiera admitido previamente, pues carecería de sentido que primero sea él quien la admita y luego de haberlo hecho interponga recurso de objeción a la dicha admisibilidad. Lo cierto es que si el Fiscal va objetar la admisibilidad de la querrela, lo hará previamente a admitirla. Por ello es que en los delitos de acción privada, el juez debe correr en traslado la querrela, "aunque el procedimiento no lo diga", antes de proceder a su admisión, pues esta es la manera cómo se permitiría el ejercicio de un eficaz recurso de objeción a la admisibilidad de la querrela ya que carecería de sentido que luego de admitida una querrela, que se supone que ya pasó por el control jurisdiccional de admisibilidad, se declare "haber

lugar” a la objeción y en definitiva se la declare inclusive como no presentada; de llegar a esta situación vano e inútil habrá sido el trabajo del juez en haber admitido una querrela defectuosa. Por el contrario, si el juez considera que su labor ha sido la justa y adecuada, es decir, si hubiera cumplido con un adecuado control de admisibilidad de la querrela, no permitiría al querrelado el ejercicio del recurso previsto en la ley para objetar la querrela.

Además, si consideramos que la querrela se la admite mediante Auto Interlocutorio, tendríamos que llegar a la conclusión que si el Juez luego del recurso de objeción a la admisibilidad, de declarar “haber lugar” a la objeción, se vería en la obligación de cambiar, modificar o alterar su propia resolución; lo que supondría que el recurso de objeción a la admisibilidad de la querrela, vendría a ser una especie del recurso de reposición, pero esta vez contra un Auto Interlocutorio y no contra resoluciones de mero trámite como lo establece el artículo 401 del C.P.P.

Por otro lado, según la jurisprudencia constitucional, el juez debe correr en traslado la querrela antes de su admisión, para dar la posibilidad al querrelado para que inclusive pueda contestar la querrela, ¿cuál la razón de esto? Sencillo, se trata simplemente de efectivizar plenamente el derecho a la defensa que tiene todo querrelado, además de dotar de la igualdad procesal prevista en el artículo 12 del C.P.P.

Si el querrelante tiene el derecho a la acción, es decir, tiene derecho a presentar una querrela, que no es otra cosa que una demanda penal, la cual deberá contener todos los requisitos previstos en el artículo 290 del C.P.P. y este artículo, específicamente en el numeral 4, señala que el deber del querrelante es realizar “La relación circunstanciada del hecho, sus antecedentes o consecuencias conocidas...”; de lo que se infiere que el querrelante deberá exponer con precisión los hechos que pretende juzgar, esto esencialmente por dos razones; una, para que el querrelado tenga conocimiento preciso de la acusación en su contra y de esa manera cumplir con la norma contenida en el Convenio de Derechos Humanos, denominado Pacto de San José de Costa Rica que en su artículo 8, numeral 2, inciso b), establece como un derecho de todo procesado a que éste debe conocer de manera detallada la acusación en su contra. Pero además, para que el querrelado, pueda previamente a la admisión de la querrela, realizar cualquier tipo de representación contra la misma, inclusive pueda contestar a la querrela, para demostrar al juez, sin que todavía éste valore ningún tipo de elemento probatorio, que el hecho no está tipificado como delito o que existe la necesidad de un antejuicio, para de esa manera poder lograr que el juzgador desestime la querrela en caso de ser esto procedente.

Resulta ilógico (y no debemos olvidar que el Derecho es esencialmente lógico) que el juez admita la querrela y luego de ello, conceda el derecho al querrelado para objetarla y que de encontrar procedente dicha objeción desestime la querrela.

Lo lógico sería que, sin admitir la querrela, sino más bien para tener los fundamentos de su admisión o desestimación, se notifique previamente al querrellado “para que este la objete o conteste” “aunque el procedimiento no lo diga”. Una vez que el querrellado haya hecho uso de su legítimo, constitucional e inviolable derecho a la defensa, el juez determinará si admite la querrela o si la desestima.

Si el juzgador opta por admitir la querrela, dará curso recién al trámite establecido en el artículo 377 del C.P.P. y tan solo en esa instancia procesal, es decir; tan solo deberá convocar a la audiencia de conciliación. Obvia y lógicamente si se logra conciliación, el proceso en realidad concluye, pues habrá cumplido su finalidad que es tratar de recobrar la paz social o al menos acercarse lo más posible a ella.

En caso de no existir ninguna posibilidad de conciliación, recién deberá convocarse a juicio de acuerdo a lo establecido en el código y se aplicarán las reglas del juicio ordinario, así lo establece el artículo 379 del C.P.P.

Lo anterior significa que recién luego que se someta al control de admisibilidad de la querrela, dando lugar al querrellado para que conteste u objete la querrela; resuelto el recurso de objeción de la querrela en caso que hubiera sido interpuesto (incluyendo obviamente el eventual recurso de apelación, previsto en el artículo 403, 5) del C.P.P.); admitida que hubiera sido la querrela; y promovida la conciliación, recién el juzgador convocará a juicio y aplicará las reglas del juicio ordinario.

Lo anterior, en realidad nos remite a la norma prevista en el artículo 340 del C.P.P. lo que nos da a entender que recién en ese momento el querellante deberá promover su acusación particular; pues las reglas del juicio ordinario así lo prescriben claramente en el ya referido artículo 340 cuando dice luego de radicada la causa, se notificará al querellante para que presente su acusación particular y ofrezca las pruebas de cargo que considere necesarias.

Aquí tal vez conviene realizar una breve precisión. De acuerdo con la norma prevista en el artículo 78 del C.P.P. “La víctima podrá promover la acción penal mediante querrela, sea en los casos de acción pública o privada...” Esto nos indica que la vía por medio de la cual la víctima participa plenamente en el proceso penal, es cuando formaliza una querrela, por ello, en los delitos de acción penal pública si la víctima no ha formalizado querrela, no podrá presentar acusación particular, pues a pesar de ser víctima no tiene plena participación en el proceso. Este entendimiento no contraviene lo previsto en el artículo 11 del C.P.P. pues allí claramente se dice que “La víctima podrá intervenir en el proceso penal conforme a lo establecido en este Código...” y es el propio código, en el citado artículo 78 que establece que la víctima, para intervenir plenamente en el proceso, deberá presentar querrela; además, el artículo 290 del C.P.P. es muy esclarecedor cuando en su último párrafo dice: “El querellante tendrá plena intervención en el proceso con la sola presentación

de la querrela, la misma que será puesta en conocimientos del imputado." De lo que concluimos diciendo que para que la víctima tenga plena intervención en el proceso, deberá previamente formalizar querrela.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, esa es precisamente la razón por qué en los procesos de acción privada, la víctima debe previamente formalizar la querrela y ésta debe someterse al control de admisibilidad con todas las garantías previstas en el código para el querrellado.

Recién después que la querrela ha sido sometida a todo ese control de legalidad, si no se llegó a la conciliación, la víctima ya constituida en querellante, deberá proceder a formalizar su acusación particular; además dentro del plazo de 10 días, pues de no hacerlo su querrela se deberá declarar abandonada según la prescripción contenida en el artículo 292, numeral 3) del C.P.P.

Luego que se hubiera formalizado la acusación particular por parte de la víctima, se pondrá ya la acusación particular con el ofrecimiento de pruebas, en conocimiento del querrellado para que este ofrezca sus pruebas de descargo, según la norma prevista en el artículo 340 párrafo segundo.

Concluida esta etapa procesal, el Juez procederá a dictar el Auto de Apertura de Juicio con todas las formalidades previstas en el Procedimiento.

De ahí en más, el trámite corresponderá a otro tipo de análisis, pues existen diferencias de criterios en cuanto a la interposición de excepciones, si pueden realizarse antes del juicio oral o si deben interponerse necesariamente en la instancia prevista en el artículo 345, sin embargo, ello corresponderá a otro análisis, pues como lo dijimos inicialmente, el presente ensayo tan solo tiene previsto abordar el tema de la admisibilidad de la querrela.

Finalmente, como también se dijo inicialmente, el propósito de este breve ensayo, no tiene otra finalidad que la de motivar a la uniformidad de criterios. Tal vez, una de las labores del Colegio de Abogados, sea convocar a seminarios o talleres específicos, pero con la participación de jueces y abogados, para abordar específicamente temáticas que han generado distintas concepciones o apreciaciones y no necesariamente cursos de capacitación como los que muy de vez en cuando se vienen dando. Lo contrario significará que los abogados litigantes, continuemos en un mar de dudas e incertidumbre propugnadas lamentablemente por nuestros propios juzgadores.

RESEÑAS
BIBLIOGRÁFICAS



VEINTICINCO AÑOS DE APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 1/1982, DE 5 DE MAYO, DE PROTECCIÓN CIVIL DEL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN

En España se ha publicado una obra, coordinada por el profesor José Ramón de Verda y Beamonte, con motivo de los veinticinco años de la promulgación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor; a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La importancia de esta Ley es de todos conocida, pues contiene un desarrollo exhaustivo de los derechos fundamentales de la personalidad proclamados en el artículo 18 de la Constitución Española y una regulación pormenorizada de las consecuencias civiles derivadas de la intromisión ilegítima.

La monografía tiene cinco partes. En la primera se analiza el derecho a honor; en particular, su conflicto con la libertad de expresión, la cuestión de si las personas jurídicas gozan de tal derecho y los delitos de injurias y calumnias. En la segunda, el derecho a la intimidad, con especial estudio de la protección de datos de carácter personal. En la tercera, quizás, la más lograda, se estudia el derecho a la propia imagen, con una exposición espléndida del profesor de Verda, cargada de erudición y de referencias a la doctrina y jurisprudencia españolas, francesas, italianas y alemanas; igualmente, hay un interesante trabajo sobre el Derecho estadounidense, otro sobre la imagen de los bienes y, por último, se analiza la protección del derecho en las relaciones laborales. La cuarta parte trata de las intromisiones legítimas en los derechos de la personalidad, tanto las consentidas por el titular, como las autorizadas por Ley. En la quinta parte se examinan finalmente los mecanismos de protección en el caso de ilegitimidad de la intromisión, tanto a nivel sustantivo



AUTOR:

José Ramón de Verda y Beamonte

Editorial:

Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007

340 páginas

(reparación del daño moral, incluso del que tiene lugar después de la muerte del titular), como procesal.

El lector tiene, pues, ante sí, una obra bien coordinada en la que puede encontrar soluciones, cuya aplicación trasciende del estricto ámbito del Derecho español.

Alex Parada Mendía

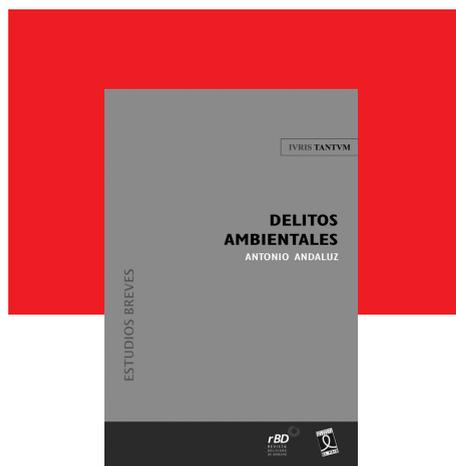
DELITOS AMBIENTALES

El más completo análisis de los delitos ambientales existentes en Bolivia y contenidos en el Código Penal, la Ley del Medio Ambiente y la Ley Forestal.

La obra conceptúa de inmoderada la reacción del artículo 347.I de la Constitución al establecer la imprescriptibilidad de los delitos ambientales, y tanto como se opone a cualquier declaratoria de imprescriptibilidad, defiende abiertamente la amnistía y el indulto para cualquier delito. "Es en ese sentido que la prescripción, la amnistía y el indulto son instituciones históricas. De manera que ponerse en el papel de implacable censor que se opone a dichas instituciones, es, desde que importa asumirse perfecto y pretender derogar por ley la imperfección humana, una arrogancia profundamente inhumana."

Tras demostrar que de momento no hay un solo delito propiamente ambiental, en la medida que ningún tipo penal tiene por bien jurídico el ecosistema o sus recursos, la obra pasa revista a cuatro cuestiones doctrinales claves para construir el cuerpo de delitos ambientales.

1. La técnica legislativa de la ley penal en blanco: casos en que procede su aplicación y las cuatro reglas a cumplirse.
2. La técnica de los delitos de peligro: peligro concreto y peligro abstracto. "En suma, no parecen resistir análisis las propuestas de eliminar los delitos de peligro, y, a cambio de legislar con escrúpulo, esta técnica puede resultar el camino más corto para la tutela penal efectiva de los bienes jurídicos, por lo mismo que implica cerrarle el camino a los resultados lesivos cortándole las piernas a los medios idóneos para provocarlos."



AUTOR:

Antonio Andaluz Westreicher

Editorial:

Iuris Tantum - El País, 2009

3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. La conclusión a que llega la obra es: “Terminar con el principio *societas delinquere non potest*, e incluir en la responsabilidad penal a las sociedades, pero justificándolo en términos dogmáticos. En tanto no se logre una construcción acabada al respecto, el argumento para legislarla ya mismo sería que se la debe preferir como alternativa no por ser dogmáticamente la más satisfactoria, sino la menos inaceptable”. El fundamento: “Revítese, como ejemplos, el artículo 31 del Código penal español, el 27 del peruano y el 13 del boliviano, y se verá que, en una vista al trasluz de la radiografía, lo que están diciendo es la siguiente belleza: 1. La regla de oro de este código (regla uno), es que no hay pena sin culpabilidad, y que la culpabilidad sólo puede ser personal, porque sólo personal es la capacidad de acción típicamente antijurídica; 2. Ahora nos olvidamos de la regla uno, y muy de pasada establecemos como regla dos que en las personas jurídicas sí pueden concurrir los elementos, condiciones o cualidades para encontrarlas penalmente responsables, es decir, negando la regla uno, les reconocemos también a ellas una capacidad de acción típicamente antijurídica y culpable; 3. Ahora nos olvidamos de la regla dos, y establecemos como regla tres que cuando una persona jurídica sea hallada delincuente conforme a la regla dos, en nombre de su capacidad de acción típicamente antijurídica y culpable reconocida por dicha regla, sancionamos a un tercero por cuenta del delincuente, pues, acordándonos de la regla uno, le aplicamos la pena al representante; 4. Habiendo, en virtud de la regla tres, hecho asumir a un tercero (el representante) la posición del delincuente de la regla dos (la sociedad), y habiendo así convertido legalmente a la sociedad en un tercero respecto al delito, toda vez que, olvidándonos de la regla dos, ahora el delincuente es su representante, simultáneamente con aplicarle la pena al delincuente de la regla tres (el representante), nos olvidamos de dicha regla, y la regla cuatro es que ahora se aplican a quien la regla tres asumió como tercero en el delito (la sociedad) las consecuencias accesorias del delito por el que, recordando la regla uno y olvidando la regla dos, hemos condenado a quien la regla tres asumió como el delincuente (el representante).”

4. El principio *non bis in idem*. “Este *non bis in idem*, el despertado a su plena racionalidad jurídica, conlleva a su vez replantear toda la economía —medios para fines— de las sanciones administrativas y las penas, ya que, resuelto que no hay justificación alguna para que la potestad punitiva del Estado procese dos veces y sancione dos veces por un mismo hecho, lo que el principio además revuelve y deja planteado al debate es: (a) si aun procesándose y sancionándose una sola vez, ya en el orden administrativo o ya en el penal, esa sola sanción al hecho halla consistente justificación en su respectivo orden y si es realmente el medio indicado para fin perseguido; (b) si la geometría de cada orden es en sí consistente; y (c) si ambas geometrías integran consistentemente la geometría general de la potestad punitiva del Estado.” La obra deja planteadas las reglas de bloqueo específicas del principio y las reglas concursales.

A las conclusiones. “Si a lo largo de estas páginas hemos optado adrede por caminar a la sombra de autores como César Beccaria, Anselmo von Feuerbach o Rudolf von Ihering, no es necesariamente por una especial devoción a tan ilustres cultores del pensamiento jurídico, sino para dar a entender que en nuestras tareas del momento tenemos la obligación de estar cuando menos a la altura de lo que ya fue lúcidamente planteado en 1764, 1796 ó 1877, respectivamente. Y hemos podido ver que en la economía punitiva, como sistema de asignación de valor a los bienes jurídicos, estamos antes de 1877, y en la prolijidad para la elaboración de los tipos penales, antes de 1796. Con el flamante salto a la imprescriptibilidad de los delitos ambientales, como máxima expresión de la tendencia penalizadora y de la severidad de las penas, acabamos de instalarnos atrás de 1764.”

Otra obra del autor, actualizada al año 2009, es Derecho Ambiental – Propuestas y ensayos (Editorial Iuris Tantum/Editorial El País).

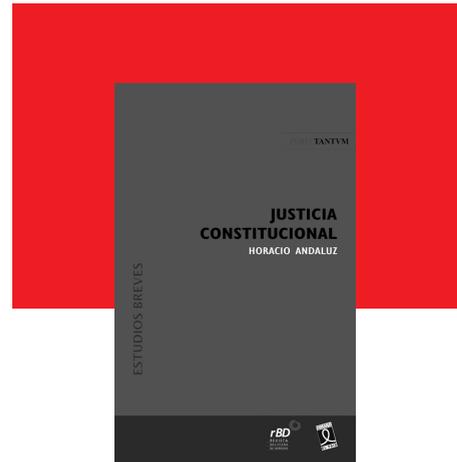
Alex Parada Mendiá

JUSTICIA CONSTITUCIONAL

luris Tantum/El País tienen en prensa "Justicia Constitucional", de Horacio Andaluz. Este libro se caracteriza por vincular el estudio del derecho vigente con la más autorizada doctrina en la materia. Dividido en tres capítulos, el libro aborda los tres componentes esenciales de la justicia constitucional. Estos son: la existencia de una norma jurídica de rango constitucional, la competencia del órgano de control, y la justificación de las sentencias constitucionales.

Fiel a su filiación normativista, el autor pasa del estudio de la Constitución como norma jurídica al estudio de la Constitución como fuente del sistema jurídico. Esto le ha permitido explicar el tránsito de la Constitución anterior a la actual desde el punto de vista de la continuidad del sistema jurídico, concluyendo en la validez del derecho preconstitucional y en la sucesión de las competencias de los órganos preconstituidos. Su estudio de la Constitución incluye el bloque de constitucionalidad, los límites de la cláusula de interpretación y la preeminencia de los precedentes constitucionales sobre la legislación ordinaria.

El autor comienza afirmando el valor normativo de la Constitución a través de su eficacia: "La supremacía de la Constitución es una cuestión de hecho: ella es la norma suprema del sistema jurídico en la medida de su efectividad para dotar de validez a la pluralidad de normas que lo integran. Sólo en este sentido la Constitución es la fuente de fuentes (norma normarum). La norma que si bien no regula directamente las condiciones de validez de todas las formas normativas del sistema, lo unifica al hacer que las normas que regulan la producción de cada forma concreta deriven, directa o indirectamente, de ella. Esta es la



AUTOR:

Horacio Andaluz

Editorial:

luris Tantum - El País, 2009

razón de la primacía constitucional, y de esto la cláusula de supremacía (artículo 410. II) es sólo una descripción, no su fundamento. Fundar la primacía de la Constitución en su cláusula de supremacía es incurrir en un razonamiento circular: es afirmar que la Constitución es suprema porque ella dice que lo es”.

De aquí se mueve a explicar los alcances del bloque de constitucionalidad, especificando que las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones son normas constitucionales por efecto de su sola publicación en la Gaceta Oficial Andina. En este acápite también se desarrolla la forma de relacionamiento entre las normas del texto formal de la Constitución y las contenidas en los tratados de derechos humanos. Dice el autor que se relacionan por el criterio de especialidad, a favor de las normas internacionales.

En un breve pero suficiente estudio, el libro desarma el artículo 196.II de la Constitución (la “cláusula de interpretación”), que sujeta al Tribunal Constitucional Plurinacional a recurrir a los métodos histórico y literal de interpretación. Una vez desarmado, se lo reconstruye, sosteniéndose que cuando tales métodos se agotan o cuando se quiebra la unidad de la Constitución o la distribución constitucional de competencias en ella establecida, el intérprete es libre de recurrir a cualquier otro método. Sin decirlo, el autor hace esta interpretación usando los propios métodos impuestos por el artículo.

El estudio de la Constitución como fuente del sistema jurídico incluye también el estudio de las fuentes ordinarias que nacen de la Constitución. Este análisis es hecho siguiendo la teoría formal de las fuentes, que es desarrollada en el texto. El libro identifica las relaciones entre las distintas fuentes, puntualizando en que un sistema jurídico no se estructura únicamente por el criterio de jerarquía, sino también por el de competencia. Con ambos referentes como instrumentos de análisis, por ejemplo, el libro concluye enfáticamente en que la competencia normativa del Poder Ejecutivo sigue requiriendo de habilitación legislativa previa, salvo cuando su poder derive directamente de la Constitución. Así, el paso del tradicional artículo 96. I de la anterior Constitución al escueto 172.8, que dice que el Presidente dictará decretos y resoluciones supremas, no supone cambio normativo alguno.

Una vez agotado esta parte, el libro aborda el tema de la defensa de la Constitución. Esta vez el análisis se lo hace desde la teoría política. Por un lado, se presentan teorías opuestas a la justicia constitucional, pero por ser alternativas a la teoría liberal. Esta parte la ocupan la crítica de Carl Schmitt al modelo kelseniano de control de constitucionalidad y la escuela rousseauiana del poder negativo.

Para mostrar que la defensa de la Constitución no es pacífica tampoco en el marco de la teoría liberal, el libro trae al debate pasajes de las obras de Hume, Locke, Pufendorf, Paine y de los documentos de Jefferson. Luego, presenta un interesante

debate de actualidad entre teóricos liberales sobre la justificación material del control de constitucionalidad, es decir, sobre la necesidad de justificar que un tribunal irresponsable ante el electorado derogue las decisiones de los órganos políticos encargados de decidir por el mejor destino de la sociedad. A la vez que se presenta el debate, el libro deja en claro que el mismo importa cuestionar el carácter vinculante de la Constitución. Sin embargo, se aclara también que esta es una visión formal de la justicia constitucional, mientras que el debate es de tipo material.

El tercer capítulo se dedica a la justificación de las sentencias constitucionales. Este es el tema de la decisión judicial, la argumentación en el derecho y la interpretación. Dice el autor que en la justificación de las sentencias radica la legitimidad de los tribunales constitucionales. Para poder presentar el tema de un modo sistemático, el libro se dedica a explicar los cinco métodos de interpretación tradicionales (histórico, literal, sistemático, lógico, y teleológico) y a dar ejemplos de nuestra jurisprudencia sobre su uso. Para llegar a este punto, el libro ha hecho un repaso por los últimos doscientos años en la evolución de la teoría de la interpretación en el derecho. El recorrido comienza con la exégesis francesa del siglo XVIII y termina con el debate de 30 años de duración entre H.L.A. Hart y R. Dworkin, sobre discreción e integridad en el ordenamiento.

Este libro es a ratos atrevido y a ratos conservador; pero en ambos casos sus conclusiones merecen ser tomadas en cuenta. La bibliografía citada y el tiempo que ha llevado su elaboración muestran que no es una publicación improvisada.

Alex Parada Mendía

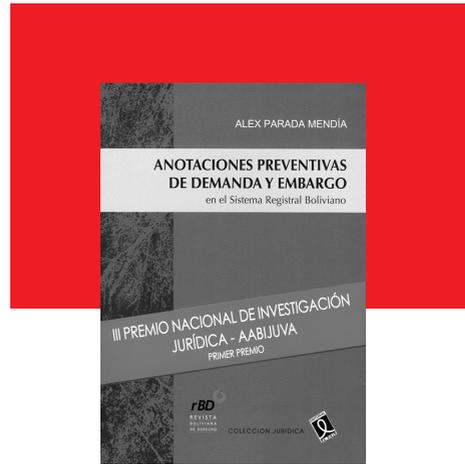
ANOTACIONES PREVENTIVAS DE DEMANDA Y EMBARGO.

En el sistema boliviano.

En este libro se realiza un enfoque distinto de las anotaciones preventivas, en especial las de demanda y embargo, en el contexto del sistema registral boliviano. Este trabajo de investigación mereció el Primer Premio en el concurso Nacional de Investigación Jurídica que promueve y patrocina la Asociación de Amigos de la Biblioteca Jurídica Valenciana.

El autor realiza una revisión crítica del Registro de la Propiedad en Bolivia, desentrañando el verdadero significado y alcance de los principios del sistema registral boliviano, así como de los asientos de inscripción, cancelación, nota marginal y, por supuesto, anotación preventiva. De la exégesis que, sobre la interpretación del tema realizan la legislación nacional y el propio criterio jurisprudencial (Corte Suprema de Justicia y Tribunal Constitucional) el autor llama la atención sobre las contradicciones en que se incurre sobre el momento a partir del cual se adquiere el derecho propietario y los conflictos que pudieran haber entre derechos (o expectativas de ellos) anotados en el Registro. La conclusión a que se llega en la tesis es que, no se podrá sobreponer un derecho real cierto –como la adquisición de dominio- a una expectativa de derecho (personal) muchas veces incierto.

En el libro se analiza, en la segunda parte, la heterogeneidad de los supuestos de situaciones anotables y, por ello, la gran diversidad de anotaciones preventivas que contempla el sistema registral boliviano. Esta premisa será indispensable para concluir que, la anotación de demanda y la de embargo tienen naturaleza jurídica y efectos distintos. La primera de ellas será, ella misma, una medida cautelar (con las características y



AUTOR:

Alex Parada Mendía

Editorial:

El País, 2009

ISBN.: 978-99954-39-40-8

352 páginas

presupuestos propios de ellas) mientras que la segunda se tratará de una medida de aseguramiento de una medida cautelar ya decretada, el embargo.

El trabajo de investigación que comentamos adquiere especial valor; no sólo para el abogado litigante al ser una guía práctica de gran utilidad respecto de un instrumento jurídico procesal de uso diario, sino también para el investigador; pues realiza una revisión histórico-crítica de las anotaciones preventivas en Bolivia.

José Ramón de Verda y Beamonte

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Invitación

La invitación para publicar en cualquiera de las secciones de la Revista, artículos relacionados con las diferentes ramas del Derecho, está abierta a autores nacionales y extranjeros. Siendo requisito imprescindible, que el contenido de los mismos sean de interés para la doctrina jurídica boliviana o iberoamericana.

II. Acerca del envío de artículos, fechas de recepción y aceptación

1. Los trabajos deberán enviarse mediante archivo electrónico en CD, al Director de Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho (Calle Tumusla N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó al correo electrónico contacto@revistabolivianadederecho.com.
2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 28 de febrero y 30 de agosto, respectivamente.
3. La fecha de aceptación en la cual se informará a los autores que su trabajo ha sido aprobado para su publicación en los números de julio y diciembre no excederá el 31 de marzo y 30 de septiembre, respectivamente.
4. La aceptación de un trabajo para su publicación supone que los derechos de copyright (Derechos de Autor), en cualquier medio y por cualquier soporte, quedan transferidos a la Fundación Iuris Tantum, editora de la revista.

III. Sistema de arbitraje

El Consejo Editorial, una vez recibido el artículo, decidirá si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos. Este proceso no excederá los cinco días desde el recibo del artículo.

- Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto. El evaluador tendrá un período de dos semanas para comunicar su dictamen al Comité Editorial. El nombre del evaluador será reservado.
- Los posibles dictámenes son:
 - 1º) Se aprueba la publicación del artículo.
 - 2º) Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
 - 3º) Se rechaza la publicación del artículo.

- Si el dictamen del revisor observa algunas correcciones, el autor tendrá un plazo de quince días para realizarlas.
- El que un artículo sometido a evaluación sea aprobado, no implica su inmediata publicación. La decisión final para la publicación de un artículo corresponde al Consejo Editorial de la Revista.
- Una vez que se decida respecto del dictamen de publicación o rechazo del artículo, el autor recibirá notificación directa y por escrito informándole de la decisión final.

IV. Normas editoriales

A) Respecto al autor

- Deberá incluirse una corta biografía del autor; de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Adjuntar el currículum académico detallado, no olvidando la inclusión del correo postal, correo electrónico, dirección, teléfono y fax.
- Será responsabilidad del autor adjuntar todos los datos en su reseña personal.

B) Respecto al artículo

- Todo artículo propuesto para ser publicado en Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho debe ser original e inédito.
- Los artículos deben escribirse en idioma español.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.
- Palabras claves, que definen el trabajo realizado.

V. Formato de Texto

El artículo debe contener un máximo de 25 hojas:

- Tamaño de la hoja: Carta
- Tipo de letra:
- Arial 12 (cuerpo del texto) y
- Arial 10 (nota de pie de página)
- Espacio interlineal: 1 ½
- Seguir una secuencia de lo que son títulos y subtítulos:
- Títulos (La primera letra en mayúscula y el resto en minúsculas): 1.-, 2.-, 3.
- Subtítulos (La primera letra en mayúscula y el resto en minúsculas): I.1., I.2. I.3.
- Incisos: A) o Números: 1º

VI. Referencias bibliográficas

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 podrán ser construidas de la manera y en el orden que a continuación se sugiere:

- a) 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.

- b) 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, Santa Cruz de la Sierra, N° 2, julio 2006, p. 15.

- c) 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.

VII. Otras secciones de la Revista.

- Comentarios normativos deberán tener una extensión no superior a 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo, el que también deberá ser transcrito por el autor del comentario.
- La jurisprudencia comentada deberá tener una extensión no superior a 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo, el que también deberá ser transcrito por el autor del comentario.
- Las recensiones no podrán tener una extensión superior a 3 páginas y además, el texto debe ir acompañado de la portada del libro en digital, ISBN y la editorial que lo publica

IV PREMIO NACIONAL DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

AABIJUVA

Asociación de Amigos de la
Biblioteca Jurídica Valenciana

CONVOCATORIA

Con el objetivo de fomentar la investigación jurídica en Bolivia, la Asociación de Amigos de la Biblioteca Jurídica Valenciana (AABIJUVA) invita a participar del CUARTO PREMIO NACIONAL DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA de la ASOCIACIÓN DE AMIGOS DE LA BIBLIOTECA JURÍDICA VALENCIANA, bajo las siguientes bases:

CATEGORÍA ÚNICA

Se establece la Categoría Única para promover la investigación en temas jurídicos de acuerdo a los siguientes requisitos:

1. Podrá participar cualquier persona natural boliviana o extranjera con una residencia oficial de al menos dos años y práctica profesional en Bolivia.
2. Sólo se admitirán trabajos inéditos, originales y redactados en español.
3. El tema de investigación es libre dentro de cualquier rama jurídica.
4. El trabajo de investigación deberá presentarse en formato Word con una extensión mínima de 100 y máxima de 400 carillas tamaño carta, letra Nro. 12, espacio 1,5, incluyendo índice, anexos, gráficos y bibliografía.
5. La entrega se realizará en dos sobres cerrados (ver convocatoria en la página www.bibliotecajuridicavalenciana.org).

EL JURADO Y LA DECISIÓN DEL PREMIO

1. El jurado será designado por el Directorio de la AABIJUVA y estará conformado por personas de amplios conocimientos y trayectoria profesional y académica en el ámbito jurídico y entre ellos designarán un Presidente y un Secretario.
2. Las personas que formen parte del jurado no recibirán por ello retribución alguna.
3. Tanto el Premio como la Distinción Especial podrán ser declarados desiertos por el jurado.

4. La decisión del Jurado sobre la concesión del Premio y de la Distinción Especial será definitiva e inapelable.

5. El fallo del Jurado se decidirá en el plazo máximo de los cuatro meses siguientes al cierre del concurso.

PREMIOS

Los premios consistirán en:

- Primer Premio \$us. 1,000,00 y publicación de la obra.
- Distinción Especial \$us. 500,00 y publicación de la obra.

CONDICIONES GENERALES

El plazo límite de entrega para todos los trabajos será el 18 de septiembre del 2009 hasta horas 18:00 en las instalaciones de la Biblioteca Jurídica Valenciana situada en los predios de la U.A.G.R.M. edificio de Posgrado, en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

La AABIJUVA se reserva el derecho de publicar en exclusiva los trabajos premiados. Los derechos económicos de cualquier género precedentes de la citada publicación serán exclusivamente de la AABIJUVA, entendiéndose cedidos por el autor de la obra a la AABIJUVA por el hecho de presentarse al Concurso.

Mayor Información:

Biblioteca Jurídica Valenciana
Campus Universitario UAGRM - Av. Centenario
Santa Cruz de la Sierra, Bolivia
www.bibliotecajuridicavalenciana.org.



REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO

SUSCRIPCIÓN

Nombre: Apellidos:

C.I.: Profesión:

Empresa/Organismo: NIT:

Dirección:

Ciudad: Código Postal:

Tel.: Fax: e-mail:

Precio de suscripción: 450 Bolivianos (cuatro números)

Precio por número: 120 Bolivianos

Suscripción Anual:

Deseo suscribirme a la Revista Boliviana de Derecho a partir del año 200...

Adquisición de números sueltos:

Deseo adquirir números siguientes de la revista:

Forma de pago.

Efectivo

Otro

OBSERVACIONES:

.....
.....

Remitir a:

Iuris Tantum - Revista Boliviana de Derecho

Pasaje Tumusla N° 77 • Telf.: + 591.3 337 5330

e-mail: contacto@revistabolivianadederecho.com