

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

Tel. +591 3 3375330

Correo Electrónico:

orlandoparada.vaca@gmail.com

info@revistabolivianadederecho.org

www.revistabolivianadederecho.org

también en **facebook**

Traducción: Horacio Andaluz

Coordinación: Ximena Guzman Pinilla

Diseño Original: Claudia Justiniano Suárez

c_justiniano@cotas.com.bo

Indexada en:

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

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

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

SUMARIO

13

01/ LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. Pablo, Dermisaky Peredo (Bolivia)	10
02/ LA PRIVILEGIADA (PERO CRUCIAL) POSICIÓN DEL JUEZ EN EL 'ESTADO CONSTITUCIONAL'. Una mirada sobre Bolivia. Pedro Talavera Fernández (España)	22
03/ EFICACIA PRIVADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y RECURSO DE AMPARO. José Ramón de Verda y Beamonte (España)	40
04/ EL METODO DEL ESTUDIO DE CASOS COMO ESTRATEGIA METODOLÓGICA PARA DESARROLLAR HABILIDADES INVESTIGATIVAS EN LA FORMACIÓN DEL JURISTA. Julia Laida Limpas (Bolivia)	60
05/ DIÁLOGO INTERCULTURAL PARA UNA EFECTIVA COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS: PASANTÍAS INTERCULTURALES IN SITU DE AUTORIDADES PROVENIENTES DE SISTEMAS JURÍDICOS PLURALES. María Elena Negrón Pino (España)	102
06/ EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y LA GOBERNABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES: UN ANÁLISIS JURÍDICO-POLÍTICO. Juancarlos E.Vargas A. (Venezuela)	116
07/ EL CONTROL JUDICIAL EN EL DESPACHO DE LA EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL.Virginia Pardo Iranzo (España)	136
08/ PROPIEDAD INTELECTUAL Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN BOLIVIA. Edwin Urquidi (España)	154
COMENTARIOS NORMATIVOS Jurisdicción y equidad	171
COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES Los plazos procesales	177
LA ESPADA DE DAMOCLES Respeto y protección del derecho a la defensa Tras la recuperación de una millonaria deuda al Estado	191 201
RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS "Imagen, Honor e Intimidad"	205
INSTRUCCIONES A LOS AUTORES	209

Director:

Orlando Parada Vaca
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

Consejo Editorial

Alex Parada Mendía
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

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

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

Jerjes Justiniano Atalá
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

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

Pedro Talavera
Universidad de Valencia (España)

Rosa Moliner Navarro
Universidad de Valencia (España)

Virginia Pardo 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.



“EL JUEZ EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL”

De simple aplicador mecánico de la ley a través del silogismo de la subsunción, el juez debe asumir el desafío de constituirse en el primero y principal protector de los derechos y creador cotidiano del Derecho. Más allá de la ley están los derechos fundamentales y el juez debe protegerlos aún cuando no estén expresamente reconocidos por la ley ordinaria.

El nuevo Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho exige que el Juez asuma nuevos desafíos acordes con el desarrollo del Derecho y del Estado. La función que debe cumplir hoy está lejos del rol estático y mecánico que significó y se le atribuyó en los primordios del Estado de Derecho. Antes de aplicador ciego de la ley, hoy el juez desempeña un papel mucho más activo y fundamental: es el principal protector de los derechos fundamentales y, a través de la interpretación de la norma desde la Constitución, es creador del Derecho.

En “El Espíritu de las leyes” Montesquieu elaboró la teoría de la división de los poderes del Estado y, al referirse al Poder Judicial le asignó un rol secundario, de simple aplicador de la ley. De ahí la expresión “El Juez es la boca de la ley”; es decir, al momento de resolver un caso concreto sólo debía realizar el silogismo de la subsunción. Ante un supuesto de hecho en un caso concreto, el juez se limita a aplicar la norma jurídica que reconoce el derecho para determinar las consecuencias contempladas en la misma ley. Esta concepción influyó poderosamente en la distribución de las competencias y facultades que se les asignaron a cada uno de los poderes del Estado de Derecho y, es especial, para delimitar las funciones de los órganos jurisdiccionales.

Durante esta época, en el nacimiento del Estado de Derecho en la órbita de la Europa continental, por influencia de la revolución francesa, el poder debía descansar en la nueva clase dirigente, verificándose una casi natural desconfianza en el rol que debía serle asignado al Poder Judicial. El juez, al aplicar la ley, no podía contradecir la voluntad del legislador; titular indiscutible de la soberanía popular por delegación del pueblo.

Una de las muestras evidentes de esa desconfianza en la labor que debían desempeñar jueces y tribunales, es el recurso de casación. El Tribunal Supremo de la Nación, en manos de Napoleón en aquel entonces y en manos del Poder en todas las épocas, es quien controla la labor de los órganos jurisdiccionales, evitando desvíos de los objetivos y finalidades fijadas por la clase política. Por eso en Casación no se pueden alegar hechos nuevos y tampoco intentar probanza alguna. El recurso o proceso es de puro derecho: únicamente se controla la labor de los tribunales ordinarios inferiores precisamente, en la aplicación de la ley.

Situación diferente se verifica en el surgimiento del nuevo Estado que nace con la revolución americana, en donde la confianza en los órganos judiciales se constituyó en puntal fundamental para la consolidación del emergente Estado y, hoy es uno de los pilares de la democracia americana. Por eso, allí tiene tanta importancia el precedente judicial, esto es, los fallos de jueces y tribunales en casos análogos o similares supuestos de hecho.

Pero retornando a nuestro ámbito. Sufrimos la influencia poderosa de los Códigos Napoleónicos a través, principalmente, de toda la codificación (1830 a 1835) promulgada por Santa Cruz, el gran Mariscal de Zepita. Heredamos también, esa desconfianza en los miembros del Poder Judicial y en la labor que cada uno de sus miembros debía desempeñar en la consolidación del nuevo Estado. Las designaciones estaban y están en manos de la clase política. Es el Estado, por medio del proceso electorario -fijado para octubre- y a través de la mayoría parlamentaria del partido de gobierno, el que terminará manejando los hilos de la ópera judicial.

¡Qué diferencias! Nacimos desconfiando en el Poder Judicial y ahora esa desconfianza, lejos de atenuarse, se ha incrementado. Los americanos nacieron sintiéndose plenamente protegidos por quienes eran designados o elegidos para aplicar la ley y proteger sus derechos, y ahora, gran parte de su fortaleza como nación descansa en la interpretación que de la norma realizan jueces y tribunales.

Hoy, el Estado es otro, en su fisonomía, en su organización, en su estructura y en la definición de sus finalidades. Hoy ya no es la ley la máxima expresión de la soberanía. Hoy, la Constitución ya no es una mera declaración política de principios. La Constitución se ha convertido en el principal elemento normativo de todo el sistema jurídico y de aplicación preferente en la pirámide keynesiana y de la primacía constitucional.

El Juez tiene la obligación y deber de aplicar la ley en consonancia con los derechos y garantías proclamados por la Constitución. Hoy, el juez no puede negar la protección de los derechos que le son solicitados escudándose en la ausencia de normativa expresa. Los derechos, hoy, deben ser tutelados por los jueces y tribunales aunque esos derechos no aparezcan reconocidos en la ley.

La propia Constitución proclama, en el Art. 13 -II, que los derechos reconocidos por esa norma fundamental no deben ser entendidos como la negación de otros derechos no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo.

La desconfianza en la labor judicial con que nace el Estado de Derecho puede y debe ser revertida por jueces y tribunales del país, quienes tienen en sus manos la recuperación de la fe y la confianza de la ciudadanía en la importante labor que deben cumplir en el desarrollo y promoción de los nuevos valores sociales y políticos de este nuevo Estado.

Ese desafío sólo podrá tener éxito, en la medida que jueces y tribunales asuman su nuevo rol y su nueva responsabilidad: que son los primeros y principales protectores de los derechos fundamentales olvidándose de su antiguo papel, de simples y mecánicos aplicadores de la ley.

Gracias a Dios, tenemos recursos humanos calificados y con la suficiente fortaleza moral y ética para asumir esta nueva tarea con márgenes suficientes como para abrigar esperanzas que saldrán airoso de este nuevo reto visando una sociedad más justa y más equitativa.

El Director

LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES
PÚBLICOS

THE RESPONSIBILITY OF PUBLIC SERVANTS

Rev.boliv.de derecho n° 13, enero 2012, ISSN: 2070-8157, pp.10-21



Pablo
DERMISAKY
PEREDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de septiembre de 2011

ARTÍCULO APROBADO: 15 de septiembre de 2011

RESUMEN: Se define el concepto Jurídico de responsabilidad en el ejercicio de la función pública: se identifica los deberes y obligaciones del servidor público en el marco de la Constitución y de las leyes; se señala asimismo, los derechos de esos servidores y los medios que para su protección existen en el orden jurídico interno e internacional.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad, servidores públicos, deberes, obligaciones, derechos, protección.

ABSTRACT: It defines what is the meaning of the juridical reponsability of the public employees; which are their rights and duties according to the Constitution, the national e international laws, and which are the means they have for the protection Of such rights in the national e international legislation.

KEY WORDS: Responsibility, public employees, duties, rights, protection.

SUMARIO.- I.- La responsabilidad.- Concepto legal y moral.- Clases de responsabilidad.II.-Deberes y obligaciones en la Constitución Política y en las leyes.III.- Observaciones Legales.-Disposiciones contradictorias y ambiguas en la Constitución Política vigente.IV.- Derechos de los servidores públicos en la Constitución, en las leyes nacionales y en las convenciones y tratados internacionales, Violación de estos derechos de parte de los titulares de los órganos del poder; y su responsabilidad.V.-Normativa nacional e internacional sobre los derechos de refugio y de asilo VI.- Conclusiones: Estado de derecho y democracia; la justicia constitucional; justicia constitucional trasnacional.

I.- LA RESPONSABILIDAD

En el Estado de Derecho Constitucional el desempeño de toda función pública conlleva la consiguiente responsabilidad, la misma que es propia del sistema democrático-representativo de gobierno en virtud de que siendo el pueblo titular de la soberanía delega su ejercicio a los órganos del poder público (art. 7 CPE.)

En el orden jurídico de la monarquía el monarca era irresponsable (*legibus solutus*) porque era el titular de la soberanía y concentraba en su persona todos los poderes (“El Estado soy yo”, Luis XIV de Francia). El Estado de Derecho liberal-burgués que advino con la Revolución Francesa (1789) opone límites al poder del Estado mediante la ley que es “expresión de la voluntad general” (art. 6 DDHC.), y por primera vez se exige cuenta de sus actos a los funcionarios públicos (responsabilidad) según la clásica advertencia del art. 16 de la DDHC.

La responsabilidad es un concepto legal y moral. Es una obligación inseparable del ejercicio de toda función pública y privada. Hay tres clases de responsabilidad: civil, penal y administrativa. La primera deriva del principio general de Derecho de que todo aquel que causa un daño a otro está obligado a repararlo. La responsabilidad penal es consecuencia de la comisión de delitos tipificados en el Código Penal, y se manifiesta en la aplicación de las sanciones previstas en el mismo Código y en leyes conexas. La responsabilidad administrativa sobreviene por faltas cometidas en el desempeño del trabajo según las leyes y reglamentos respectivos.

• Pablo Dermisaky Peredo

Abogado. Ex profesor de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración en la Universidad Mayor de San Simón Cochabamba. Ex profesor de Sociología y de Geopolítica en la Escuela de comando y Estado Mayor de Ejército. Profesor Honorario de las Universidades de San Simón, Cochabamba, UPSA de Santa Cruz de la Sierra y General José Ballivián de Trinidad, Beni. Fue el primer presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia (1999-2001). Miembro Titular no residente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de otras entidades académicas nacionales e internacionales. Ha publicado muchos libros, sobre Derecho Público, algunos de los cuales son textos de estudio en las Universidades Bolivianas. Nombrado por la Unión Iberoamericana de Abogados (UIBA) como uno de los cinco juristas que más han contribuido al desarrollo y difusión del Derecho en Bolivia, al lado de Agustín, Pantaleón Dalence, Carlos Morales Guillén y Huáscar Cajías K. (2010).

II.- DEBERES Y OBLIGACIONES

En la Constitución Política del Estado la responsabilidad de los servidores públicos emerge de sus deberes y obligaciones, entre los que sobresalen los derivados de los principios de legalidad, compromiso e interés social, ética, honestidad (art. 232), rendición de cuentas, protección de los bienes del Estado (art. 235), etc. Los delitos cometidos contra el patrimonio del Estado y que causen grave daño económico no prescriben y no admiten inmunidad (art. 112). El art. 123 dispone que la ley no es retroactiva, excepto en materias labora.], penal y contra la corrupción,

Respecto a los legisladores el art. 151 consagra la inviolabilidad personal y del domicilio de los asambleístas; el 152 dice que no gozan de inmunidad en causas penales, pero que no se les aplicará la detención preventiva. En relación a los miembros del Ejecutivo el art. 161.7 dice que las Cámaras reunidas en Asamblea autorizarán el enjuiciamiento del Presidente y del Vicepresidente del Estado por los siguientes delitos, según la Ley No. 2441 de 2 de agosto de 2002: traición a la patria, violación de las garantías constitucionales, uso indebido de influencias, negociaciones incompatibles con el cargo, anticipación o prolongación de funciones, delitos tipificados en el Código Penal contra la función pública, genocidio. El juzgamiento lo hace el Tribunal Supremo de Justicia a requerimiento del fiscal general.

Respecto a los miembros del órgano Judicial, el art. 159-11, concordante con el art. 160.6, da a la Cámara de Diputados la atribución de acusar ante el Senado, para que éste los juzgue en única instancia, a los Miembros del Tribunal Supremo de Justicia, del "Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Agroambiental y del Control Administrativo de Justicia, conforme al procedimiento establecido en la Ley No. 2623, de 22 de diciembre de 2003.

El Estatuto del Funcionario Público (Ley No. 2027 de 27 de octubre de 1999) consigna en su art. 8 los deberes de los servidores públicos, entre los cuales menciona la eficiencia y probidad con que deben ejercer sus funciones, atendiendo a los principios de integridad, probidad, responsabilidad y eficiencia (art. 12). El art. 16 prescribe que todo servidor público "asume plena responsabilidad por sus acciones y omisiones", debiendo "rendir cuenta ante la autoridad o instancia correspondiente".

La Ley No. 1198 de Administración y Control Gubernamentales (llamada Ley SAFCO) dispone en su art. 28 que "todo servidor público responderá de los resultados emergentes del desempeño de las funciones, deberes y atribuciones asignados a su cargo", y divide esa responsabilidad en administrativa, ejecutiva, civil y penal. Agrega que "se presume la licitud de las operaciones y actividades

realizadas por todo servidor público, mientras no se demuestre lo contrario" (presunción de inocencia).

El art. 40 de esta Ley establece que "las acciones judiciales y obligaciones emergentes de la responsabilidad civil (...) prescribirán en diez años computables a partir del día del hecho que da lugar a la acción o desde la última actuación procesal". Por su parte los arts. 16 y 37 del D.S. No. 23318-A, de 3 de noviembre de 1992, que reglamenta la Ley SAFCO, disponen que las responsabilidades administrativa y ejecutiva prescriben a los dos años de cometida la contravención, tanto para servidores y ex servidores públicos, en el primer caso, y de concluida la gestión del máximo ejecutivo, en el segundo caso.

El art. 4 de la Ley de Lucha contra la Corrupción e Investigación de Fortunas "Marcelo Quiroga Santa Cruz" (Ley No. 004 de 31 de marzo de 2010) establece los principios de ética, transparencia y defensa del patrimonio del Estado, para los servidores y ex-servidores públicos, que, según el art. 5-II, no tienen inmunidad, fuero ni privilegio alguno.

El Capítulo III de esta Ley sistematiza los delitos de corrupción y vinculados (art. 24); crea nuevos tipos penales (art. 25) como el cohecho activo y pasivo "transnacional" (arts. 30 y 31); modifica e incorpora nuevos delitos al Código Penal y dispone que para los delitos de corrupción no hay prescripción de la pena "bajo ninguna circunstancia". El Capítulo IV contiene inclusiones y modificaciones a los Códigos de Procedimiento Penal, Civil y Ley Orgánica del Ministerio Público. Según el art. 37 no procede la suspensión condicional de la pena ni el perdón judicial para los delitos de corrupción.

La Ley Marco de Autonomías y Descentralización (No. 031, de 19 de julio de 2010) establece en su art. 141 la obligación de las máximas autoridades ejecutivas de rendir cuentas "por lo menos dos veces al año". El art. 144 dispone la suspensión temporal de sus cargos de los ejecutivos de los gobiernos autónomos "cuando se dicte en su contra acusación formal".

III- OBSERVACIONES LEGALES.

En los últimos años se observa una proliferación pionnativa con agravamiento de la tipificación de delitos y de las penas correspondientes, como sí la lucha contra la corrupción de los servidores públicos dependiera del número de leyes y no de su correcta aplicación.

Un aforismo latino conocido dice *Summum jus, summa injuria*, que se traduce como "leyes muy severas, injusticia extrema", y el historiador romano Tácito decía en el siglo I de nuestra era que "las leyes son numerosas en los Estados corruptos".

Las estadísticas demuestran que el aumento en la represión normativa no disminuye la delincuencia, y en algunos casos, como España, se da la paradoja de la tasa más alta de reclusos de Europa (159.6 por cada cien mil habitantes) , con una de las tasas de criminalidad más bajas (45.8 por cada mil habitantes), lo que configura un “populismo penitenciario” resultante de frecuentes reformas al Código Penal hechas en respuesta al clima de “alarma social” alimentada, en parte, por los medios de comunicación. Esta realidad ha sido comentada por Ramón J. Moles con las siguientes reflexiones que bien puede aplicarse a la situación actual en Bolivia:

“La política penitenciaria no puede administrarse a base de modificaciones reactivas del Código Penal que, además de resultar carísimas, son ineficaces (...) El derecho penal debiera ser el último recurso al que acudir, debiendo primar las estructuras administrativas de carácter preventivo, esto es, basadas en la prevención de peligros y en la gobernanza de riesgos (...). El ordenamiento jurídico se basa en la equidad fundamentada en la defensa de valores ampliamente consensuados a nivel de pacto del Estado que no debieran verse sesgados por el oportunismo electoral. La finalidad de la política penitenciaria es la rehabilitación social del penado, no su incapacitación perpetua mediante juicios mediáticos. Impartir justicia no consiste en convertir a las víctimas en verdugos. El estatus de víctima tiene un límite; el que establece el Estado de derecho dictando justicia, no venganza.” (Diario El País, Madrid, España, 1. 7-07-2. O10).

Los arts. 240-I y 195-I de la CPE, son contradictorios, pues el primero exceptúa al órgano Judicial de la revocatoria del mandato y el segundo autoriza al Consejo de la Magistratura a “promover la revocatoria del mandato de las Magistradas y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Agroambiental”.

Una disposición ambigua, que puede prestarse a interpretaciones antojadizas es la contenida en el art. 124. 1.3 de la CPE., según la cual comete delito de traición a la patria el “que atente contra la unidad del país”. ¿Cómo se tipificará este atentado? ¿De palabra, de hecho, en la intención? Teniendo en cuenta la frecuencia con que se habla de “separatistas” y “divisionistas”, esta norma resulta, por lo menos, inquietante.

Ambiguo es asimismo el “control social” mencionado en los arts. 241 y 242 de la CPE., 9 y 10 de la Ley Anticorrupción, 138, 139 y 142 de la Ley Marco de Autonomías. Cuando se dice que este control estará a cargo de “todos los actores sociales, de manera individual y/o colectiva”, puede darse vía libre al desorden y a la anarquía, mientras no se lo encauce con precisión en una ley especial.

IV.- DERECHOS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

Así como los servidores públicos tienen deberes y obligaciones que conllevan responsabilidades, tienen también derechos, como toda persona, que son- universales,

inviolables y progresivos. Los derechos políticos les facultan “a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político”, como electores y elegibles (art. 26 CPE., concordante con arts. 3 y 4 de Ley del Régimen Electoral, art. 21 de la DUDH. y 23 de la CADH.)

Los arts. 21.2 y 22 de la CPE. reconocen el derecho a “la honra, al honor, propia imagen y dignidad” (concordantes con, arts. 5 C. Pr. Pen., 7.6 del EFP, 12 de DUDH. y 11 de CADH.) La presunción de inocencia está garantizada en el art. 116-I de la CPE., concordante con los arts. 6 del C. Pr. Pen., 11.-I de la DUDH y 8.2 de la CADH. A propósito, el Tribunal Constitucional de Bolivia (T.C.) ha dicho en sus sentencias Nos. 11./2.000 - R y 747/2.002-R:

“La presunción de inocencia se constituye en una garantía del debido proceso, protegiendo al encausado frente a actitudes arbitrarias que podrían dar margen a prejuizgamientos y condenas sin proceso. Este principio constitucional traslada la carga de la prueba a l acusador; vale decir que obliga a éste, en materia penal, a probar sus acusaciones dentro del respectivo proceso(...) La presunción de inocencia acompaña al imputado desde el inicio del proceso hasta que exista contra él sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada...”

Este derecho es violado cuando se suspende de sus cargos a los servidores públicos a simple acusación fiscal, y cuando se los califica verbalmente de “delinquentes” sin haber sido juzgados y sentenciados conforme a ley.

Otro principio básico del derecho al debido proceso es el de ser juzgado por un juez natural, imparcial e independiente (arts. 120.I CPE., 1º.2 y 2 LOJ), 2 y 3 Pr. Pen., 10 DUDH. y 8.I CADH.) Juez natural es el predeterminado por ley, aquel cuya jurisdicción, competencia y funciones constan en una ley vigente con anterioridad al caso que se juzga. El T.C. ha sentenciado en esta materia que:

“Uno de los elementos esenciales de la garantía del debido proceso es el derecho al juez natural competente, independiente e imparcial, debiendo entenderse por Juez competente aquel que de acuerdo a las normas jurídicas previamente establecidas, conforme a criterios de territorio, materia y cuantía, es el llamado para conocer y resolver una controversia judicial (...) El cumplimiento de estos requisitos que hacen al juez natural permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas; de ahí que la Corte **Interamericana de derechos humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su sentencia de 31 de enero de 2.001** (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 77), **ha establecido que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de**

que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial(...) S.C
No. 0491/2003-R de 15 de abril.

Se viola este derecho cuando se concentra en La Paz el juzgamiento de delitos supuestamente cometidos en los departamentos de Pando, Beni, Santa Cruz y otros distritos.

Un derecho relacionado con el que precede es el de ser juzgado según una ley anterior al proceso (arts. 116-II CPE., 4. C. Pen., 8 DDHC., II DUDH., 15 PIDCP, 26 DADDH. y 9 CADH.). Nadie será juzgado conforme a leyes posteriores al hecho que se juzga, a menos que éstas sean más favorables al encausado, según el principio universal de Derecho pro-homine o pro-libertatis que sostiene que debe preferirse lo que favorezca a los derechos de la persona y a su libertad. Cuando en el mismo hecho concurren dos o más normas, se aplicará la que sea más favorable al sujeto, sea la norma nacional o internacional, legislativa o ejecutiva. Este principio está vigente en los artículos 116-I y 123, primera parte, de la Constitución, así como en el art. 4 del Código Penal, entre otros. Son, pues, contradictorios los artículos 116-II y 123, última parte de la Constitución, que disponen, el primero, que “cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible”, y el segundo, que la ley es retroactiva “en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado”.

Finalmente, cabe mencionar que los autores intelectuales y materiales de la vulneración de derechos constitucionales son responsables ante la justicia y sus víctimas tienen “derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna” (arts. 110-I y II y 113-I CPE.)

V.- NORMATIVA INTERNACIONAL

Los ex -servidores públicos que por motivos políticos buscan refugio y solicitan asilo en otros países tiene garantizados estos derechos por una abundante normativa internacional que en América Latina tiene una tradición centenaria respetable y respetada. En efecto, el primer Código Penal de Bolivia, llamado Código Santa Cruz, dispuso en su art. 109 que:

“El territorio boliviano es un asilo inviolable para los esclavos, los cuales son libres desde el momento de pisarlo, y para las personas y propiedades de los extranjeros que respetan la Constitución Política y las leyes de la República. Los que residan en Bolivia, y que por los delitos cometidos fuera de ella sean reclamados por los gobiernos respectivos, no serán entregados a éstos sino en los casos y términos prescritos en los tratados existentes ó que en adelante existieren, los cuales en este punto se considerarán como

parte del Código, y se insertarán a continuación de él. Pero mediante a que en los tratados no pueden considerarse comprendidas las opiniones políticas, ni los hechos que resulten de ellas, se declara que los perseguidos por éstos o aquéllos que residen en Bolivia, no serán nunca entregados por el gobierno sino en el caso de que fueran reos de alguno de los delitos expresados en dichos tratados'

El 30 de enero de 1838 se emitió un Decreto Supremo que prohibía "la entrega de los esclavos de otra nación asilados en ésta". Estas disposiciones, por las fechas tempranas en que aparecieron, están entre las precursoras de una materia que ha evolucionado hasta constituir, en el presente, una institución sólidamente establecida en todo el mundo.

El Tratado de Derecho Penal Internacional firmado en Montevideo, Uruguay, el 23 de enero de 1.889, aprobado y ratificado por Bolivia indica en su art. 16 que "el asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos", que no serán sujetos de extradición, según el art. 23. (1)

En la Sexta Conferencia Internacional Americana, realizada en La Habana, Cuba, en 1.928, se aprobó el Código de Derecho Internacional Privado, llamado Código Bustamante, aprobado y ratificado por Bolivia, cuyos artículos 1º y 2º reconocen a los extranjeros de los Estados contratantes que se hallen en territorio de cualquier otro Estado, los mismos derechos civiles y garantías de que gozan los nacionales de dichos Estados. El art. 4º, prescribe que "los preceptos constitucionales son de orden público internacional" y el art. 355 que "están excluidos de la extradición los delitos políticos y conexos, según la clasificación del Estado requerido".

El art. 14 de la DUDH. Dice que "en caso de persecución toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país."

El 22 de julio de 1.951 se suscribe la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados que contiene una normativa extensa sobre la materia, cuyos arts. 32.1 y 33 disponen que los Estados contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en su territorio, "a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público". El art. 35 obliga a los Estados signatarios a colaborar con la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados para la debida aplicación de la Convención. Bolivia se adhirió a esta Convención y a su Protocolo de 31 de Enero de 1.967 mediante Ley de \$ de enero de 1.980.

La CADH. O Pacto de San José dispone en su art. 22.7 que "toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo

con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales” El numeral 8 del mismo artículo prescribe que “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país...”

El D.S. No.19640, de 4 de Julio de 1.983, (Bolivia) define la condición de refugiado en sus arts. 1º. y 2º. El art. 5º. dispone que el refugiado no será devuelto a su país, y el 7º. que “los refugiados que se encuentran en este estado de necesidad serán asistidos económica y socialmente por la Oficina que al efecto se constituya”.

El art. 33 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (1.969) establece que los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos son la Comisión y la Corte. Están legitimadas para presentar ante la Comisión peticiones con denuncias o quejas sobre violación de la Convención por un Estado parte, las personas individuales y colectivas y las organizaciones no gubernamentales legalmente reconocidas, siempre que previamente se haya agotado los recursos de la jurisdicción interna; que la petición se presente en el plazo de seis meses de haber ocurrido la violación, y que el asunto no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional. No serán exigibles los dos primeros requisitos cuando no exista en la legislación interna el debido proceso legal, cuando no se haya permitido el acceso a los recursos franqueados por ley o se haya impedido agotarlos; y cuando haya retardo injustificado en la resolución de dichos recursos. (arts. 44 y 46).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene funciones consultivas y contenciosas y sólo pueden acudir ante ella los Estados parte y la Comisión. Tiene competencia “para calificar cualquier norma de derecho interno de un Estado parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido”.

Las misiones diplomáticas y consulares de cada país tienen funciones, privilegios, inmunidades, franquicias y otros beneficios para las personas, locales, oficinas, archivos y bienes, que se extienden a sus familias, personal de servicio y otros, según se detalla en las siguientes convenciones sobre la materia:

1) Convención sobre Relaciones Diplomáticas suscrita en Viena, Austria, el 18 de abril de 1.961.

2) Convención sobre Relaciones Consulares, suscrita en Viena, Austria, el 24 de abril de 1.963.

3) Convención sobre Misiones Especiales, que se ocupan de asuntos específicos durante un tiempo determinado, suscrita en Nueva York, Estados Unidos de América, el 16 de diciembre de 1.969.

4) Convención sobre Representación de Estados ante Organizaciones Internacionales de carácter universal, y ante conferencias internacionales, suscrita en Viena, Austria, el 14 de marzo de 1.975

Existe, además, una Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra personas internacionalmente protegidas, suscrita en la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, el 14 de diciembre de 1.973. Entre los sujetos protegidos están los jefes de Estado y de Gobierno, los ministros de Estado y altos funcionarios, representantes diplomáticos, etc.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en Nueva York, el 13 de febrero de 1.946, la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, que incluye a las personas de sus funcionarios, bienes, fondos, haberes, archivo, oficinas, etc., como también a los representantes permanentes y temporales de los Estados miembros ante la Organización en Nueva York, ante sus organismos especializados (OIT, FAO, UNESCO, etc.) y ante las conferencias de estos organismos.

El 29 de marzo de 1996 se suscribió en Caracas, Venezuela., en el marco de la Conferencia de la Organización de Estados Americanos, la Convención Interamericana Contra la Corrupción, aprobada y ratificada por Bolivia mediante Ley No. 1743 de 15 de Enero de 1.997. Su art. I define al funcionario público como "oficial gubernamental" o "servidor público", cualquier funcionario o empleado del Listado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Listado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos"

El art. III enumera doce medidas preventivas de la corrupción que los signatarios se comprometen a adoptar. El art. VI enumera los actos de corrupción que son materia de la Convención. El art. VIII tipifica el delito de "soborno transnacional"; el XII dice que "no será necesario que los actos de corrupción descritos produzcan perjuicio patrimonial al Estado"; el XIII se ocupa de la extradición y el XIV de la asistencia y cooperación que deben prestarse los Estados signatarios para el cumplimiento de los propósitos de la Convención.

VI.- CONCLUSIONES.

I.- El Estado de Derecho y la democracia que proclaman los arts. I y I I, entre otros, de la CPE., suponen el goce y ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes y obligaciones para todos los habitantes del país, en condiciones de igualdad, generalidad y universalidad, sin discriminación alguna. Como dice Giovanni Sartori, "la democracia moderna no es pura y simplemente el gobierno de la mayoría incondicional, sino que ésta es una fórmula abreviada del gobierno de la mayoría limitada que respeta los derechos de la minoría y que permite mayorías cambiantes..." (2)

2.- En el ámbito nacional la defensa de las minorías se encomienda a la justicia constitucional, que sirve de contrapeso al desenfreno de las mayorías en los tres órganos del poder público. Lamentablemente, este contrapeso no existe en Bolivia desde que se eliminó el Tribunal Constitucional, habiendo desaparecido, en consecuencia, uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho y de la democracia que proclama la Constitución vigente. (3).

3.- Queda expedita, como única instancia, la justicia constitucional transnacional que en el ámbito americano ejercen la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órganos judiciales de la Organización de Estados Americanos a los que pueden acudir personas individuales y colectivas, entidades no gubernamentales y los Estados miembros de la Organización, conforme a lo reglado en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José.

NOTAS

(1) El mencionado Tratado fue discutido y aprobado sobre un proyecto que presentó el delegado boliviano a esa Conferencia, don Santiago Vaca Guzmán, que a la sazón era jefe de la legación diplomática de Bolivia en Buenos Aires, República Argentina. El proyecto del delegado boliviano fue elogiado por los otros representantes.

(2) Citado por RODRÍGUEZ P., María Luisa en "Minorías, Acción Pública, Institucionalidad y Democracia Deliberativa".- Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 43 y 44.

(3) El Tribunal Constitucional de Bolivia fue eliminado el año 2007 cuando sus últimos cuatro magistrados titulares renunciaron a sus cargos acosados por un juicio de responsabilidades que les inició el presidente del Órgano Ejecutivo por supuesto delito de prevaricato. El Tribunal Constitucional actualmente en funciones, cuyos miembros fueron designados por el Presidente, según la Ley inconstitucional No. 003, de 13 de febrero de 2010, sólo puede "revisar y liquidar los recursos constitucionales presentados hasta el 6 de febrero de 2009", según la misma Ley, recursos que se acumularon cuando desapareció el anterior Tribunal.

LA PRIVILEGIADA (PERO CRUCIAL) POSICIÓN DEL JUEZ
EN EL 'ESTADO CONSTITUCIONAL'.
Una mirada sobre Bolivia.

THE INSIDER (BUT CRUCIAL) POSITION OF JUDGE
AT THE 'CONSTITUTIONAL STATE'.
A look at Bolivia.

Rev. boliv. de derecho n° 13, enero 2012, ISSN: 2070-8157, pp. 22-39



Pedro
TALAVERA

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de septiembre de 2011

ARTÍCULO APROBADO: 26 de septiembre de 2011

RESUMEN: Los esquemas teóricos tradicionales sobre la función jurisdiccional y la decisión judicial aparecen como inadecuados e incapaces de dar razón de su nuevo marco de actuación en el Estado constitucional. Los ‘operadores jurídicos’ se sorprenden ante la prevalencia de valores superiores y principios constitucionales frente a la propia ley; y tampoco encajan fácilmente la amplia discrecionalidad que este modelo otorga a los jueces, hasta ahora sometidos al procedimiento mecánico de la subsunción. El modelo de Estado plurinacional, diseñado por la Constitución boliviana de 2009, debería impulsar a la magistratura a profundizar en las claves del Estado constitucional, para comprender el cambio de paradigma y la consecuente nueva relación entre legislación y jurisdicción.

PALABRAS CLAVE: Estado constitucional, jueces, decisión judicial, control judicial, reglas y principios

ABSTRACT: The traditional theoretical frameworks about judicial function and judicial decision appear to be inadequate and unable to explain its new framework in the Constitutional State. The legal operators are surprised by the prevalence of values and constitutional principles even against the law, and not easily accept the great capacity of decision that this model gives judges, subjected in the traditional model to mechanical process of subsumption. Multinational State model, designed by the Bolivian Constitution of 2009, should encourage the judiciary members to delve into the key of the Constitutional State, to understand the change of paradigm and the new relationship between legislation and jurisdiction.

KEYWORDS: Constitutional State, judges, judicial decision, judicial control, rules and principles.

SUMARIO: 1. La constitucionalización del Derecho 2. Las reglas y los principios en el Estado Constitucional 3. La 'pluralidad' del Estado constitucional (de la ley a la constitución) 4. Las 'prestaciones' en el Estado constitucional 5. La metodología del Derecho en el Estado constitucional (de la subsunción a la ponderación) 6. Las fuentes del Derecho en el Estado constitucional: debilitamiento del principio de legalidad (del código a la sentencia) 7. Exigencia de argumentación en la decisión judicial.

Los sistemas jurídicos de la "modernidad" han sufrido intensas transformaciones que se manifiestan en todas las áreas del Derecho. Quizá las más importantes se han producido con la implantación del 'Estado constitucional'. En este nuevo modelo de Estado de Derecho, la Constitución desborda su papel como mera declaración política programática (así lo era en el antiguo modelo del Estado legislativo) y adquiere pleno valor jurídico: es la fuente suprema del Derecho público y del Derecho privado (además de principal motor de los cambios en este último ámbito)¹.

Este proceso evolutivo ha afectado también y de manera trascendente a la decisión jurisdiccional. En estos últimos tiempos, en efecto, no es infrecuente encontrar decisiones judiciales, sobre cualquier tipo de cuestiones, cuya justificación remite directamente, por ejemplo, a 'principios constitucionales'².

La consecuencia es que los esquemas teóricos tradicionales sobre la función jurisdiccional y la decisión judicial aparecen como inadecuados e incapaces de dar razón de este nuevo marco de actuación. Los 'operadores jurídicos' se sienten sorprendidos en muchas ocasiones por la superioridad y prevalencia de valores superiores y principios constitucionales frente a la propia ley; y tampoco encajan fácilmente la amplísima discrecionalidad que este modelo otorga a los jueces, hasta ahora sometidos al teórico y férreo procedimiento mecánico de la subsunción.

La adopción en 2009 de una nueva *Constitución Política del Estado* en Bolivia y la reciente aprobación de una *Ley del Órgano Judicial* para regular la función jurisdiccional, debería impulsar a la magistratura a profundizar en las claves de este nuevo modelo de Estado constitucional, para comprender realmente el cambio de paradigma y la consecuente nueva relación entre legislación y jurisdicción. Asumiendo, al tiempo, el

1 M. Atienza, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona 2001, p. 309-310; L. Prieto, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara 1997, p. 67ss.

2 R. Dworkin, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 71 ss.

• **Pedro Talavera**

Profesor titular de filosofía del Derecho
Universitat de València

papel central que los jueces juegan aquí y la consiguiente responsabilidad que sobre ellos recae como garantes de la efectividad del modelo. ¿Es consciente el poder judicial boliviano de esta nueva realidad? ¿Tiene incidencia real en su función? En estas breves líneas pretendemos analizar las claves del nuevo modelo en relación con la función jurisdiccional con el objeto de promover esa conciencia indispensable en los jueces bolivianos de todas las instancias.

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

La relación entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico siempre ha sido de interés para la teoría del Derecho. Hoy día, este interés resulta fundamental debido a la generalización de los denominados *Estados constitucionales*. Y ello porque el *Estado constitucional de Derecho* ha producido la *constitucionalización* del ordenamiento jurídico.

No procede desarrollar aquí cada uno de esos conceptos, baste recordar que no se trata de Estados que cuentan con una Constitución formal vigente. La idea de *Estado Constitucional* significa mucho más: alude a una particular concepción del Estado y a un particular modelo de Constitución. Podemos decir que, además de una Constitución, este modelo debe reunir necesariamente algunas características; en especial, la existencia de mecanismos que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho³.

En el modelo clásico de Estado *legislativo* de Derecho, la Constitución opera como un límite negativo; es decir, la 'legitimidad' del ordenamiento jurídico dependerá de su respeto a los límites ahí establecidos. En efecto, las normas constitucionales establecen básicamente lo que "no" se puede ordenar, prohibir o sancionar en dicho ordenamiento. El test de 'legitimidad' de las normas jurídicas pasará por verificar, en lo sustancial, si tales normas contradicen o no lo dispuesto en la Constitución. En definitiva, la forma de establecer si una norma jurídica es o no constitucional pasará por constatar su congruencia o no con la disposición constitucional correspondiente. De igual modo (y aunque en este modelo no suele plantearse en la práctica) una decisión judicial será siempre constitucional en tanto que se atiende y se remite a la legalidad, porque de esa manera queda constatado que "respeta" (no sobrepasa) lo prescrito por la Constitución⁴.

En el nuevo modelo de *Estado constitucional* todo el ordenamiento jurídico se concibe como un desarrollo positivo de los valores, principios y derechos fundamentales. Las disposiciones constitucionales adquieren una radical fuerza expansiva a la hora de determinar el contenido de cualquier rama del Derecho.

3 Un análisis extenso puede verse en: P. Talavera, *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2008, p. 23-45.

4 J. Aguiló, *Sobre la Constitución del Estado Constitucional*, *Doxa* 24 (2001) 429 y ss.

Por ello, “las exigencias normativas derivadas de los derechos constitucionales ya no se verán como límites negativos y deberes de respeto, sino como exigencias de ‘desarrollo’ y ‘concreción’ de los mismos: ellos serán la fuente central para determinar qué se debe ordenar, prohibir y sancionar”⁵.

En el **Estado constitucional**, pues, cada decisión judicial debe ‘desarrollar y concretar’ las exigencias constitucionales. En virtud de ello, el control de constitucionalidad ya no se presenta como simple ausencia de contradicción entre las normas y las previsiones constitucionales, sino que cada norma (y también cada decisión judicial) deben ser, además, expresión de una ‘razonable’ determinación (concreción) de los principios y derechos que emanan de la Constitución.

Como consecuencia, ese control de constitucionalidad va mucho más allá del carácter solemne que corresponde al órgano formalmente establecido al efecto (el Tribunal Constitucional): recae también sobre todos los que ejercen la función jurisdiccional (los jueces ordinarios) en tanto que garantes inmediatos de la ‘concreción’ de los principios y derechos constitucionales a través de su actividad interpretativa y aplicativa de la ley. Es decir, la actividad judicial ordinaria viene determinada por una interpretación y aplicación ‘constitucional’ de las normas (leyéndolas a la luz de los principios y derechos ahí consagrados), pudiendo incluso paralizar su aplicación (planteando una cuestión de inconstitucionalidad al TC) en el caso de que la norma aplicable resultara absolutamente incompatible con esos principios y derechos. ¿Ha tomado conciencia la magistratura boliviana de este singular y trascendental papel que el nuevo modelo de Estado le ha conferido como garante de los principios y derechos constitucionales? ¿Ha asumido que la Constitución tiene una eficacia jurídica directa? ¿Está realizando ese primario control de constitucionalidad en su actividad interpretativa y aplicativa de la ley? ¿Entiende que en este nuevo modelo de Estado la legalidad debe integrarse en la constitucionalidad?

II. LAS REGLAS Y LOS PRINCIPIOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

En el Estado constitucional resulta difícil legislar sobre la base de reglas determinadas y cerradas que pretendan abarcar en su formulación toda la realidad posible, presente y futura: la pluralidad y complejidad de esa realidad en continua transformación descarta todo intento de legislación con vocación de plenitud y permanencia indefinida. En el Derecho de las sociedades plurales las normas generales son cada día más indeterminadas y abiertas. Basta contemplar la creciente presencia y formalización de **principios** constitucionales. De ahí que la diferencia entre el modelo tradicional de Estado legislativo y el modelo constitucional radica en la evolución desde un sistema jurídico basado en las **reglas** hacia un sistema jurídico alternativo basado en los **principios**. Ya en la década de los 60, ESSER sostenía que el

5 *Ibid.*, p. 454.

centro de gravedad del Derecho iba desplazándose lentamente desde el sistema codificado a una casuística judicial orientada según principios.

En efecto, el Estado constitucional ha producido y consagrado esta diferenciación dentro de las normas jurídicas entre lo que denominamos 'reglas' y lo que denominamos 'principios'. La mayoría de normas legislativas son 'reglas' y la mayoría de las normas constitucionales que se ocupan de los derechos y de la justicia son 'principios'. Cuando la ley establece la acción de resarcimiento por el daño causado, estamos ante una **regla**, pero cuando la constitución dice que el honor, la intimidad y la imagen son un derecho de los ciudadanos, estamos ante un **principio** (algo que debe orientar la legislación ordinaria y que ésta debe concretar en sus aspectos materiales, procesales y penales). Las constituciones también contienen **reglas**; por ejemplo, cuando el art. 114. II de la Constitución boliviana (CB) dice que "las declaraciones, acciones u omisiones obtenidas o realizadas mediante el empleo de tortura, coacción, exacción o cualquier forma de violencia, son nulas de pleno derecho". Pero cuando el art. 21.5 CB, afirma el derecho "a expresar y difundir libremente pensamientos u opiniones por cualquier medio de comunicación, de forma oral, escrita o visual, individual o colectiva", estamos ante un **principio**.

Así pues, las reglas nos dicen cómo debemos o no debemos actuar en las situaciones previstas por ellas; los principios, en cambio, nos proporcionan criterios para "tomar posición" ante situaciones que aparecen como indeterminadas. Son "mandatos de optimización" y aportan "razones para la acción"⁶. En este sentido es en el que afirmamos que a normatividad del Estado constitucional está preferentemente estructurada sobre reglas indeterminadas (abiertas) y sobre principios y directrices que constituyen no solo límites para el ordenamiento, sino exigencias que éste debe desarrollar⁷.

Si a todo ello sumamos la diferenciación entre principios **explícitos** (formulados expresamente en el ordenamiento constitucional e infraconstitucional) y principios **implícitos** (extraídos a partir de los enunciados positivos); y que estos últimos deben ser tenidos en cuenta en el funcionamiento de las instituciones del Derecho, resulta imprescindible utilizar nuevos marcos teóricos que permitan comprender a fondo esta realidad⁸.

La vigente Constitución boliviana establece un amplio elenco de principios explícitos y de valores de carácter general (arts. 7-29), además de principios específicos que regulan una gran mayoría de las instituciones constitucionalmente consagradas: ¿Se está realizando el debido desarrollo jurisprudencial de estos

6 M. Atienza - J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 43.

7 Sobre la distinción entre principios y reglas, puede verse L. Prieto, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson 1998, p. 46 ss.; M. Atienza - J. Ruiz-Manero, *Las piezas del Derecho...*, cit., p. 3 ss.

8 P. Talavera, *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, cit., p. 102-113.

principios para que vayan teniendo una incidencia efectiva como fundamento de las decisiones jurisdiccionales, en tanto que son los pilares del orden constitucional que se pretende consagrar?

Si abordamos el elenco de los derechos fundamentales, en particular los civiles y políticos (arts. 21-29) y los específicos de los pueblos indígenas (arts. 30-32), podríamos reproducir esa misma reflexión. En efecto, en tanto no estén específicamente desarrollados y concretados como **reglas** por la legislación ordinaria infraconstitucional, siguen manteniendo (desde el punto de vista técnico) el carácter de **principios**. En consecuencia: ¿Constituyen estos derechos, en forma de principios, una referencia ineludible de toda decisión jurisdiccional, considerando que el Estado constitucional exige que las decisiones judiciales sean expresión de la garantía y desarrollo de los derechos fundamentales de los ciudadanos?

III. LA 'PLURALIDAD' DEL ESTADO CONSTITUCIONAL (DE LA LEY A LA CONSTITUCIÓN)

En el modelo tradicional del Estado legislativo, la fuerza de la ley se sustenta sobre la idea de soberanía, fuente del poder y de la legitimidad para su imposición; y su contenido, en ese mismo contexto, surge del presupuesto de una sociedad homogénea cuyo proyecto de convivencia se identificaba con los ideales de justicia de la clase dominante (la burguesía). Sin embargo, el Estado constitucional se ha edificado sobre un pilar sustancialmente diverso: el pluralismo social y político, cuyo máximo exponente es la pluriétnicidad (que acaba por cuestionar, en cierto modo, la idea unitaria y monolítica de soberanía)⁹.

La necesidad de reconocer la existencia de una sociedad plural ha transformado la estructura del Estado legislativo, de corte decimonónico, y la ha hecho evolucionar hacia este nuevo modelo de Estado en el que la diversidad de grupos sociales existentes y sus diferentes proyectos, ideologías e intereses, adquiere carta de naturaleza en la estructura fundante de la convivencia social (la Constitución), sin que ninguno de esos grupos (o su proyecto) sea dominante ni exclusivo, en el sentido tradicional de establecer las bases de la soberanía estatal.

En efecto, para evitar la anarquía normativa, el Estado constitucional plantea un consenso general sobre los aspectos esenciales de la convivencia política y social, que esté por encima de la concurrencia de fuentes normativas diversas y de los intereses particulares que cada grupo y estrato social intenta plasmar en leyes. Ese consenso global se materializa en los principios, valores y derechos recogidos en la Constitución¹⁰. En este nuevo modelo, la unidad y la coherencia del ordenamiento

9 W. Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós 2000, p. 145.

10 L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1992, p. 94.

jurídico ya no provienen de la presunción de 'racionalidad universal' propia del Legislador decimonónico, sino de que la Ley respete y responda al consenso sustancial sobre los principios y derechos fundamentales por los que se rige la sociedad plural. Los derechos y la justicia ya no derivan de la Ley, sino que derivan directamente de la Constitución, que se convierte así en la fuente capaz de dotar de unidad y coherencia al sistema jurídico-político¹¹.

Todo esto significa que la Constitución no es solamente una especie de "super ley", sino algo distinto: un conjunto de principios y derechos fundamentales, fruto de valores y aspiraciones de distinta procedencia, que condicionan la validez de las leyes, que deben convivir y armonizarse, y cuya explicación reside en su carácter pactista. Para conseguir esa armonización debe realizarse una importante tarea de '**ponderación**' entre ellos para conservar en pie de **igualdad abstracta** a normas y principios que reflejan valores heterogéneos propios de una sociedad plural. Esa tarea de 'ponderación', de aplicación directa de la Constitución y de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes, corresponde, obviamente a los jueces. Y es lo que explica su protagonismo en el Estado constitucional, frene al protagonismo del Legislador en el modelo tradicional de Estado legislativo¹².

Para legitimar este equilibrio relativista entre los diversos proyectos grupales, resulta imprescindible situar el centro de gravedad en la Constitución por encima de la Ley. Precisamente, porque ésta ya no recoge un solo proyecto de convivencia cerrado y predeterminado por un grupo homogéneo, sino que establece las condiciones para garantizar que todos los sectores sociales puedan desarrollar su propio proyecto; de ahí la prevalencia de los principios (abiertos) sobre las reglas (cerradas) y la coexistencia de principios y valores constitucionales diversos (y aun contradictorios). Las leyes ya no se fundan en una única racionalidad universal sino en una combinación de los distintos valores y principios constitucionales. La soberanía estatal monolítica resulta sustituida por la soberanía 'coral' de la Constitución. Y, en consecuencia, el principio de legalidad resulta matizado e integrado en el principio de constitucionalidad¹³.

En la vieja sociedad burguesa, donde la hegemonía la ostentaba una sola clase, la ley reflejaba un orden simple con el que podía identificarse plenamente su visión de la justicia. En una sociedad plural, la ley expresa, por el contrario, todas las combinaciones posibles de los principios constitucionales, cuya función consiste precisamente en establecer los mínimos irrenunciables de cualquiera de esas combinaciones. De este modo, la Ley continúa siendo un acto creador de Derecho (no mera ejecución de la constitución) pero, a diferencia del Estado legislativo, se trata de un Derecho particular y contingente que únicamente refleja el punto de

11 G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, principios, justicia*, Madrid, Trotta 1997, p. 41.

12 L. Prieto, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson 1998, p. 69.

13 G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 34.

vista de quienes ocasionalmente representan una mayoría política en el proceso legislativo¹⁴.

En las actuales sociedades pluralistas, como la boliviana, la Ley queda subordinada a la Constitución, que da primacía a los principios y valores superiores sobre los que se asienta el Estado (plurinacionalidad, libertad, igualdad, solidaridad, seguridad...) y a los derechos fundamentales de los ciudadanos, que ostentan el máximo rango jurídico; en particular, los derechos colectivos directamente ligados al reconocimiento de minorías (derechos lingüísticos, religiosos, culturales, políticos), para cuya salvaguarda los jueces deben asumir su papel de auténticos protagonistas, en tanto que llamados a suplir y completar las deficiencias del legislador a través del juego de los principios constitucionales como referente ineludible en sus decisiones¹⁵.

En el modelo de Estado constitucional boliviano se ha planteado un nuevo sistema de estructuración del poder donde todos los elementos del tradicional Estado de Derecho vienen redefinidos y reubicados en función del hecho fundante básico sobre el que se edifica: la 'plurinacionalidad'. En ese contexto, la **Constitución política del Estado** presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas (las naciones, pueblos y comunidades que componen el pueblo boliviano, según el art. 3 CB) introduce aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia. De este modo, esos principios son insertados plenamente como presupuestos fundantes de todo el orden jurídico y exigen tener presencia en la acción judicial ordinaria. Pero, en este contexto pluralista, como apuntamos, ninguno de los principios puede tener un carácter absoluto (no hay un orden jereárquico entre ellos); ya que si alguno se convirtiera en **tirano**, se rompería el frágil equilibrio de la sociedad plural. Todos deben pervivir en el mismo nivel y sólo el juez está legitimado para hacerlos jugar (y prevalecer en cada caso unos sobre otros), de acuerdo al interés superior que deba salvaguardarse en cada situación.

En otras palabras, sólo su capacidad de **relativizarse** permite a los principios conciliarse entre sí y garantizar la pervivencia del propio pluralismo social, cuya característica consiste en un continuo reequilibrio a través de transacciones de valores. La salvaguarda del pluralismo, pues, se basa en garantizar que ningún principio se convierta en hegemónico. Para ello, es imprescindible garantizar que todos entren en juego en la medida en que hayan de tomarse decisiones en las esferas propias de su acción. Y eso sólo puede realizarse y garantizarse a través de la acción jurisdiccional. Es decir, en la medida en que las decisiones judiciales asumen como fundamento sustancial de su justificación los principios y valores que el ordenamiento constitucional pretende realizar.

14 G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 48.

15 R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa 1984, p. 168.

¿Es esa la realidad de la acción judicial en Bolivia? ¿Se ha asumido en esta acción judicial al realidad plurinacional y la exigencia de poner en juego todos los principios y valores constitucionales para luego realizar la tarea de ponderación?

IV. LAS 'PRESTACIONES' EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

El Estado constitucional se edifica sobre la protección y efectivo ejercicio de los derechos humanos. BOBBIO definió con acierto nuestra época como “la era de los derechos”, por cuanto la gran mayoría de ellos (consagrados como derechos naturales en las primeras declaraciones del siglo XVIII) hoy forman parte del Derecho positivo, principalmente recogidos por documentos y tratados internacionales y formulados por el Derecho constitucional. La positivación de los derechos humanos como derechos fundamentales en una Constitución supone, pues, el reconocimiento real de *expectativas negativas* y *expectativas positivas*. Las primeras se garantizan mediante la inmunidad de intromisión en su ejercicio por parte de terceras instancias (paradigma típico de los derechos civiles y políticos a los que acabamos de aludir). Las segundas, mediante técnicas de coerción o de sanción que posibilitan su satisfacción efectiva (es el paradigma de los derechos sociales)¹⁶.

Una de las grandes transformaciones del Derecho de nuestro tiempo –que el Estado constitucional incorpora como presupuesto– es el aumento progresivo de normas que suponen el reconocimiento de derechos en clave de *'expectativas positivas'*¹⁷. *He ahí el origen de los derechos sociales. Un ejemplo paradigmático de esto lo constituye el extensísimo (casi desmesurado) elenco de estos derechos presente en el vigente texto constitucional boliviano (arts. 34-105 CB). ALEXY sostiene que cuando se habla de derechos sociales fundamentales (salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación) se está haciendo referencia a prestaciones* en sentido estricto¹⁸. Esto supone que el individuo tiene, bajo determinadas condiciones, un derecho subjetivo a exigir y recibir esas prestaciones¹⁹.

Las prestaciones relacionadas con derechos sociales son, en principio, exigibles al Estado, pero no pocas veces afectan también, de manera directa, a las relaciones jurídicas entre particulares. Esto significa, por ejemplo, que el derecho a un medio

16 L. Ferrajoli, *Derecho y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 20 ss.

17 F. Laporta, *Algunos problemas de los deberes positivos generales*; en Doxa, N° 3, 1986.

18 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPS 2001, p. 482 ss.

19 El Estado ha dejado de ser, predominantemente, un aparato de represión para pasar a ser, fundamentalmente, un aparato de prestación; lo que supone un cambio en las funciones del Derecho, sobre todo, con la aparición de la función promocional, ampliamente estudiada por N. Bobbio. El Estado social, para acometer su tarea prestacional y su gestión de la actividad económica, requiere conceder al ejecutivo un amplio margen en la gestión directa de los intereses públicos de tipo económico y social, por lo que resulta difícil sujetar sus actuaciones a una Ley previa, algo que choca de frente con el inmovilismo normativo e institucional a que conducía el “imperio de la Ley”, principal valuarte del Estado legislativo. El legislador se debate, pues, en una continua tensión entre el respeto al principio de legalidad (difícilmente compatible con decisiones técnicas, específicas, rápidas y de oportunidad) y las exigencias de una gestión eficaz y eficiente. De ahí la necesidad de un nuevo marco estructural en el que salvando los principios básicos irrenunciables del Estado de Derecho, quepa una adaptación a las nuevas funciones del Estado y a la plural y compleja estructura social.

ambiente sano, a la preservación del patrimonio cultural e histórico, a la salud, educación, vida, no discriminación, etc., lejos de reducirse a meras declaraciones programáticas, en este modelo de Estado constituyen premisas habituales en la justificación de decisiones judiciales referidas a la propiedad, a los contratos, la familia, los daños o la relación laboral.

He ahí una de las contradicciones más patentes del *Estado social* que la Constitución boliviana consagra: requiere de los poderes públicos la satisfacción de esos derechos sociales mediante *prestaciones* de carácter positivo, pero tal satisfacción pocas veces resulta determinable en términos de reclamación jurisdiccional efectiva por falta de legislación civil o administrativa que establezca el cauce procesal oportuno. En consecuencia, el carácter de prestaciones exigibles se transmuta en esporádicas actuaciones estatales, eminentemente discrecionales, ajenas a los principios de seguridad jurídica, certeza y estricta legalidad.

En los casos citados, referidos a bienes esenciales (salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación), el sistema de derechos fundamentales del Estado constitucional (basado sobre expectativas positivas), debería paliar esta disfunción con una decidida y crucial intervención de las decisiones judiciales que a estos bienes afectan. Dicho de otro modo: el juez, en el Estado constitucional, en cuanto que garante de estos derechos, debe realizar una acción positiva en la protección y acceso efectivo de los ciudadanos a esos bienes esenciales a través de sus sentencias. De manera que, al resolver cualquier controversia (en particular si es de derecho público, pero también las de derecho privado) debe hacerlo siempre en la dirección que mejor asegure la realización de los derechos sociales.

He ahí un signo más de la necesidad que tienen el Derecho y el juez de contar con modelos teóricos que les permitan comprender y encajar este fenómeno. ¿Se está implementando este modelo teórico de acción jurisdiccional en el Estado boliviano en coherencia con el diseño constitucional de un extenso elenco de derechos fundamentales de contenido social?

V. LA METODOLOGÍA DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL (DE LA SUBSUNCIÓN A LA PONDERACIÓN)

Para el modelo clásico, el juez debe limitarse a descubrir la voluntad del legislador expresada en la norma, a fin de aplicarla al caso concreto mediante una labor puramente lógica y de verificación. La actividad judicial estaba pensada sobre el mecanismo (automatismo, en sentido estricto) de la *subsunción* del caso concreto en la norma general²⁰.

20 La supremacía de la ley (imperio de la ley), propia del Estado legislativo, rompió de facto el equilibrio entre los poderes del Estado. La función legislativa de creación del Derecho prima sobre las otras dos funciones, por lo que se propicia el predominio de una concepción formal-legalista del Derecho, como consecuencia de la cual se

La **subsunción** como procedimiento lógico-formal establece un paralelismo con el conocimiento de las ciencias naturales –donde el objeto es accesible al sujeto cognoscente–, el razonamiento judicial subsuntivo (complemento necesario del modelo legislativo clásico), es típicamente monológico. Cada sujeto razona individualmente, en su fuero interno, y todos por igual. Conocida la verdad de las premisas del razonamiento, la conclusión –la decisión– se sigue con necesidad lógica. Con ello se garantizaba, además, el predominio de la legislación (legitimidad democrática para creación de Derecho) sobre la jurisdicción (sólo función aplicativa que evita toda arbitrariedad).

En el modelo del Estado constitucional el razonamiento jurídico viene entendido como un razonamiento ‘práctico’ que conduce a que la decisión jurídica tenga carácter discursivo e intersubjetivo²¹. Es decir, se sustituye la perspectiva monológica por la dialógica.

Si tenemos en cuenta cómo son las normas constitucionales de este modelo (prevalencia de reglas generales indeterminadas, de principios –incluso implícitos–, y de directrices); si observamos el contenido y exigencias de los derechos fundamentales tal y como están configurados (expectativas positivas); y si atendemos al nivel de ‘exigencia’ que el modelo proyecta sobre las decisiones jurisdiccionales, debemos constatar que la **sentencia** ya no es la conclusión necesaria que deriva de unas determinadas premisas legales (ya no es una operación mecánica, meramente aplicativa de la norma al supuesto), sino que estamos ante una ‘opción’ del juez que se inclina por una determinada solución. Cabe afirmar, con Dworkin, que en el modelo de Estado constitucional no cabe plantear la existencia de ‘una única respuesta correcta’. La tarea del juez es, sobre todo, interpretativa y con una importante componente de ‘discrecionalidad’, favorecida por la prevalencia de los principios sobre las reglas, pero que no debe confundirse con **arbitrariedad**, dado que su decisión debe contar con un suficiente respaldo argumentativo.

Por consiguiente, si no se quiere caer en posturas radicalmente realistas o decisionistas (en donde se diluya cualquier idea de certeza) y donde la libérrima conciencia decisoria del juez acabe por imponerse como único procedimiento efectivo (el juez dueño y señor del Derecho), debemos plantear una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico un carácter intersubjetivo (dialógico)²²: “El juez no decide al margen del contexto social, no decide impunemente. Su actuación se inserta en un debate que es exterior a él, que es público” (Dworkin). La conciencia del juez debe convertirse en conciencia pública, asumiendo en sus

produce una exaltación de la actividad codificadora (cuyo mayor exponente es el Código civil Napoleónico de 1804) y una reducción de la actividad jurisdiccional a mera aplicación mecánica de la ley (el juez es la boca de la ley). El término “subsunción” (encajar el hecho en el supuesto previsto por la norma) resume toda la actividad judicial: “al servicio de la Ley”.

21 G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 79.

22 J.A. García Amado, *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

resoluciones (dentro de la legalidad) las concepciones de justicia real y efectivamente vigentes, materializadas en los principios, valores y derechos constitucionales²³.

Hace varias décadas que los juristas vienen apelando a la “fuerza de convicción de la sentencia”. Más allá de la forma de caracterizar y distinguir los principios, si repensamos las categorías mencionadas, entenderemos por qué se destaca como una de las más significativas diferencias entre los modelos la **metodológica**: el modelo clásico genera un modelo de “subsunción”; en cambio, el modelo del Estado constitucional produce un modelo de “ponderación”. Las exigencias del cambio metodológico nos conducen, pues, de un Derecho de la Ley, a un Derecho de la Constitución determinado en el caso por las sentencias de los jueces.

En efecto, el doble sometimiento del juez a la ley (principio de legalidad), y a la Constitución (principio de constitucionalidad), le exige hacer una **aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto**; es decir, debe considerar junto a las razones de la Ley, las razones de la Constitución. Pero el carácter abierto de las normas constitucionales y su frecuente contenido moral valorativo (mucho más que las leyes), facilita que el juicio ponderativo de razones que el juez realiza –el juicio de constitucionalidad al que somete la ley en la resolución de un caso- sea (o pueda ser) notablemente discrecional; no en vano se habla de juicio de ‘razonabilidad’ para referirse al él. En suma, cuando en la resolución de casos se hacen jugar los principios constitucionales, el intérprete desempeña una actividad mediadora e interpretativa (dialógica) mucho más intensa que cuando se trataba simplemente de aplicar leyes en el modelo tradicional.

En este sentido cabe preguntar, de nuevo, si se está realizando, en el contexto del Estado plurinacional de Bolivia, una reflexión seria y profunda sobre el papel institucional (no político) que corresponde al poder judicial como organismo y a los jueces ordinarios singularmente considerados (no sólo las altas instancias de la magistratura o del Tribunal constitucional) que este modelo de Estado les ha encomendado como cauces efectivos de las concepciones de justicia vigentes en la sociedad, y que deben materializarse en sus resoluciones.

VI. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: DEBILITAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (DEL CÓDIGO A LA SENTENCIA)

Ciertamente, el incremento del protagonismo de la Constitución supone, de algún modo, el “debilitamiento” del protagonismo de la ley y del principio de legalidad propios del modelo tradicional²⁴. En el Estado constitucional la primacía de

23 R. Dworkin, *A matter of principle*, cit., p. 91 ss.

24 En el modelo de Estado legislativo de Derecho se afirmaba a sí mismo a través del “*principio de legalidad*”. Este principio, en general, expresa la idea de que la ley es el acto normativo supremo, frente al cual no es oponible ningún otro acto o derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y su fundamento (ni el poder de excepción de la administración, en virtud de la “razón de Estado”, ni la imposible abstención de los jueces, ni la resistencia de los particulares). El “principio de legalidad” supuso en el Estado de Derecho, la reducción del Derecho a

la Constitución sobre la ley se materializa (ya lo vimos) modulando el principio de legalidad a la luz del principio de constitucionalidad. La ley ya no es la última palabra del Derecho, necesita de un ulterior procedimiento de adecuación a la Constitución; y es el juez (ordinario o constitucional) quien lo determina²⁵.

En el modelo clásico el Derecho es un monopolio del legislador y el **Código** es la fuente por excelencia²⁶. En el Estado constitucional el Derecho infraconstitucional ya no radica en la letra de la Ley sino en lo que los jueces dicen desde la Constitución. El Estado constitucional se apoya, pues, en una mayor actividad judicial. En efecto, mientras que el modelo clásico trata de limitar (evitar) que los jueces sean **creadores** de Derecho, radicalizando la importancia de someter el funcionamiento del sistema al poder omnipotente del Legislador; en el modelo constitucional la autoría del 'Derecho infraconstitucional' pasa a manos de la magistratura y, en sentido más amplio, de los juristas. En este marco, no hace falta que un código contenga un catálogo solemne de derechos. Antes bien, los 'derechos infraconstitucionales' están entretejidos con las normas constitucionales no como simples proclamaciones, sino con todos los recursos jurídicos exigibles para su defensa y, por tanto, puestos bajo la tutela del juez.

A nadie escapa que esto constituye un extraordinario logro del sistema, pero muchos sostienen que genera también un inevitable **riesgo**²⁷. Desde el punto de vista de las garantías de los ciudadanos frente a la función judicial, este inmenso traspaso del poder decisorio a manos de los jueces podría colisionar con las razones democráticas del Estado de Derecho. No en vano una de las objeciones esgrimidas contra el modelo radica en sostener que las decisiones judiciales (en particular, las de los jueces constitucionales) no son **democráticas**. Con su actuación discrecional sobre la ley, los jueces participan activamente en la función legislativa y de gobierno, pero sin ostentar la legitimación democrática ni la técnica exigida a los legisladores. Cuando se trata de decisiones que sobrepasan los derechos individuales de los intervinientes en un determinado proceso, se está produciendo un inmenso desplazamiento de facultades desde los órganos democráticos hacia los jueces, que están al margen del debate público y que no asumen responsabilidades políticas frente a sus conciudadanos.

la Ley y, por tanto, la exclusión (o, al menos, la sumisión a ella) de todas las demás fuentes del Derecho (en particular la costumbre).

- 25 El sometimiento del juez a la ley se basa en una tradición continental de tipo racionalista que tiene entre sus referentes a Tomás de Aquino, Descartes y Leibniz y una fuerte presencia estatal que se manifestó, por ejemplo, con Napoleón y la escuela de la exégesis.
- 26 La ley por excelencia en el contexto del Estado legislativo es el **Código**. Ahí se encontraban reunidas y exaltadas todas las características de la Ley: la voluntad positiva del legislador, impuesta en todo el territorio del Estado, enunciada según la razón (razón de la burguesía liberal asumida como punto de partida); con disposiciones sistematizadas y estructuradas según los principios de la lógica formal y asentadas sobre los presupuestos dogmáticos de la *unidad* (exclusión de cualquier otra fuente de derecho), la *plenitud* (todos los casos posibles pueden resolverse acudiendo a las normas del código o a los mecanismos previstos por el propio código, como la analogía) y la *coherencia* (ausencia de contradicciones o antinomias en sus disposiciones).
- 27 F. Zannotti, *Las modificaciones del Poder Judicial: de un juez "boca de la ley" a un juez de los derechos*, JA, 1996-III-803.

nos (porque no han sido elegidos) pero que pueden condicionar la acción legislativa de tal o cual manera²⁸.

Ciertamente, las *indeterminaciones normativas* y el recurso a los *principios constitucionales*, conlleva el peligro de imponer en las sentencias los criterios propios del juez. De ahí que, desde hace años se venga insistiendo en que “es necesario volver a reivindicar con fuerza el papel de las leyes en la composición del sistema jurídico, tanto por razones de naturaleza prudencial como por razones de naturaleza moral”²⁹. Pero sin olvidar que un Estado de Derecho necesita tomarse “las reglas en serio”, no se puede negar que han sido y son los jueces quienes –enfrentándose muchas veces a los poderes del Estado o a los grupos económicos, más atentos al lucro que a las necesidades de justicia, educación o salud de los ciudadanos- han garantizado y protegido los derechos fundamentales.

Por supuesto que no procede esconder algunas consecuencias problemáticas que el Estado Constitucional produce en el ámbito de la decisión judicial:

- Incremento del protagonismo civil y político de los **jueces**.
- Tensión con las razones democráticas del Estado de Derecho.
- Problemas de legitimidad del poder judicial.
- Crisis de la imagen de imparcialidad.
- Riesgo de control político sobre el poder judicial.
- Peligro de utilización de los criterios propios del juez (decisionismo, arbitrariedad).

Por supuesto que esto supone depositar en el juez del Estado constitucional una enorme responsabilidad y un enorme poder. Pero se trata de un poder *soportable*, porque el tipo de control que ejerce es *'incidental'* y porque coexiste con un órgano de control constitucional (Tribunal constitucional) cuya composición suele estar determinada por el poder legislativo. Aunque también es cierto que se trata de un poder más *eficaz* que el del Juez constitucional porque todo su calado se despliega cada día en la labor callada y difusa de los tribunales de justicia. A pesar de todo, ese *redimensionamiento de la función judicial* no supone, en absoluto, la disolución del principio de legalidad en relación con los jueces. Pero sí pone de manifiesto la importancia que tiene en la actuación del juez el peculiar marco creado por el Estado constitucional.

Considero que en el actual contexto del Estado plurinacional de Bolivia el poder judicial todavía no ha reflexionado seriamente sobre esta nueva realidad. Pero tampoco por parte del poder político se ha comprendido la trascendental

28 R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Buenos Aires, Ariel, 1996.

29 F. Laporta, *El ámbito de la Constitución*, Doxa 24 (2001), pp. 459 y ss.

función que el juez representa para la viabilidad del Estado, quizá por ello son más frecuentes las proclamas a favor de la superioridad y omnipotencia del principio democrático que justifica toda la legislación infraconstitucional que el respeto y el aplauso ante la acción judicial en defensa de los principios y derechos fundamentales. Esta afirmación sobre la superioridad del legislativo y la subordinación del judicial a sus dictados, que denota una forma de 'politicismo' hipertrofiado, parece olvidar que el control jurisdiccional es una condición indispensable de la democracia, y parece olvidar también que muchas de las aperturas 'principalistas' de los jueces suelen estar propiciadas por una deficiente legislación y por una abusiva intromisión del legislativo en terrenos vedados por las garantías constitucionales de los derechos fundamentales.

7. EXIGENCIA DE ARGUMENTACIÓN EN LA DECISIÓN JUDICIAL

Este presunto 'debilitamiento' del principio de legalidad en relación con el creciente protagonismo de los jueces ha sido calificado por muchos teóricos del Derecho como la transformación de la magistratura en un sujeto político. Se trata de variantes del realismo jurídico, como los *Critical Legal Studies*, dentro del contexto norteamericano; el *Movimiento de Derecho Alternativo*, en el ámbito sudamericano y el *Uso Alternativo del Derecho*, planteado en el contexto europeo. Con unos u otros matices, lo que une a todas estas corrientes es una idea radical sobre la función jurisdiccional: que los jueces (los constitucionales y también los ordinarios), deben ser hombres prudentes capaces de mitigar en el caso concreto los posibles excesos de la ley; es decir, que en el Estado constitucional los jueces deben ser '*guardianes*' del legislador. Dicho de otra manera, el juez sólo está vinculado a la ley si entiende que la solución que ésta aporta para el caso concreto es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional. Si, por el contrario, entiende que el contenido de justicia material contenido en la Constitución no se ve respetado plenamente por las posibles veleidades partidistas de la ley, el juez puede 'sortearla'³⁰.

Aunque la radicalidad de estos planteamientos no puede sostenerse porque permiten al juez ordinario vulnerar el principio de legalidad en casos extremos, sí ponene en evidencia la tensión existente entre el principio de legalidad y el de constitucionalidad. En efecto, si el juez debe respetar el principio de constitucionalidad y la defensa de los derechos fundamentales frente al legislador (por encima de la decisión parlamentaria), resulta justificado un cierto incremento del activismo judicial, incluso en los sistemas jurídicos de tradición continental; es más, resulta indispensable. Pero ese activismo puede fácilmente desembocar

30 "Las exigencias de los casos -dice G. Zagrebelsky- cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley; son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida" (*El Derecho dúctil*, cit., p. 134).

en un modelo decisionista (antidemocrático) cuyos riesgos de arbitrariedad son evidentes. En otras palabras, si la ley se reduce a una indicación relativa, sometible al criterio 'constitucional' (y discrecional) del juez ordinario: ¿por qué vamos a confiar en la rectitud y justicia de esa actuación discrecional más que en la ley? También los criterios 'constitucionales' por los que un juez escoge unas u otra categoría de justicia son (o pueden ser) 'interesados'. En efecto, la supuesta inconstitucionalidad de la ley argüida por un juez puede ser un simple subterfugio para justificar su no aplicación cuando ésta no ofrece la solución al caso que él estima satisfactoria.

Para solventar este dilema: **legalidad** (decisión democrática que puede no respetar derechos) frente a **constitucionalidad** (que garantiza derechos pero permite la discrecionalidad judicial) resulta imprescindible una estrecha vigilancia sobre la discrecionalidad judicial. ¿Pero cómo se puede realizar este control? ¿**Quid custodit custodes?** (¿quién vigila al vigilante?). Sólo hay una manera de someter a control a los jueces: vigilar la **racionalidad** de sus resoluciones y sentencias. Eso explica la gran atención que en las últimas décadas se viene prestando a los procesos argumentativos judiciales. Y es que, siendo consustancial al constitucionalismo la centralidad de un poder judicial fuertemente discrecional y con amplias facultades dispositivas, resulta necesario exigir una rigurosa argumentación en sus resoluciones para no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley y (sobre todo) el carácter no arbitrario de la función judicial.

Este último es un aspecto particularmente importante. Si el juez ya no es la simple "**boca que pronuncia las palabras de la ley**" (Montesquieu) sino el depositario de un poder que se ejerce con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en definitiva, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es un ejercicio arbitrario. La presencia de esa discrecionalidad 'fuerte' en el desempeño de la función judicial no proporciona impunidad al juez; antes al contrario, representa la exigencia de implementar controles jurídicos sobre el proceso argumentativo que van desde el establecimiento de las premisas fáctica y normativa del caso hasta la resolución o fallo. Este es el papel que hoy juegan las denominadas **teorías de la argumentación**: ejercer un control argumentativo sobre las decisiones judiciales para acreditar su racionalidad (razonabilidad) y erradicar una hipotética arbitrariedad.

En conclusión, la implementación real del Estado constitucional diseñado por la nueva Constitución boliviana pasa por una toma de conciencia radical por parte de los jueces sobre su papel fundamental de garantes del modelo (guardianes del principio de constitucionalidad) y por una conciencia más radical todavía sobre la

necesidad de argumentación 'fuerte' en sus resoluciones en clave de principios; es decir, asumir el papel de **cauces** a través de los cuales las concepciones de justicia (constitucionalmente positivadas) penetran efectivamente en la aplicación de la legislación ordinaria.

EFICACIA PRIVADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y
RECURSO DE AMPARO.

PRIVATE PERFORMANCE OF FUNDAMENTAL RIGHTS
AND UNDER APPEAL.

Rev. boliv. de derecho n° 13, enero 2012, ISSN: 2070-8157, pp. 40-59



José Ramón
DE VERDA Y
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de junio de 2011

ARTÍCULO APROBADO: 5 de septiembre de 2011

RESUMEN: El trabajo tiene como finalidad argumentar la tesis de que los Derechos fundamentales consagrados en la Constitución no sólo vinculan a los poderes públicos, sino también a los particulares, por lo que se aplican directamente en las relaciones de Derecho Privado, estudiándose, en particular la protección que resulta del recurso de amparo.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales. Tribunal Constitucional.

ABSTRACT: The aim of this paper is to argue that the fundamental rights enshrined in the Constitution not only apply to the public powers but also to private citizens, thus they are applied directly to legal private contracts, with especial attention given to the role of the Constitutional Court.

KEY WORDS: Fundamental rights. Constitutional Court. Constitution. legal private contracts.

SUMARIO: I. DIFICULTADES DOGMÁTICAS EN ORDEN A LA AFIRMACIÓN DE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE.- 1. La tradicional visión del derecho fundamental como garante de ámbitos de libertad frente a la actuación los poderes públicos.- 2. La diversa vinculación a los derechos fundamentales de los poderes públicos y de los particulares. - 3. La ausencia en la Constitución de una base textual general para resolver la cuestión.- II . EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA.- 1. La tesis de la eficacia directa (“unmittelbareDrittwirkung”).- 2. La tesis de la eficacia indirecta (“mittelbareDrittwirkung”).- 3. Valoración crítica de las tesis expuestas y toma de posición.- III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA.- IV. EL RECURSO DE AMPARO TRAS LA LEY ORGÁNICA 6/2007, DE 24 DE MAYO, DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL REQUISITO DE LA “ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL”.

I. DIFICULTADES DOGMÁTICAS EN ORDEN A LA AFIRMACIÓN DE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE.

La eficacia privada de los derechos fundamentales, esto es, la comúnmente denominada *Drittwirkung der Grundrechte*, es, sin duda, una de las cuestiones más espinosas que plantea la incidencia de la Constitución en el ámbito del Derecho civil, surgiendo, a este propósito, dudas e incertidumbres, que tienen origen diverso¹.

I. La tradicional visión del derecho fundamental como garante de ámbitos de libertad frente a la actuación los poderes públicos.

Existe, ante todo, un problema, que deriva del dato histórico de que la consagración constitucional de los derechos fundamentales en el siglo pasado pretendía básicamente establecer límites a la actuación de los poderes públicos, garantizando ámbitos de libertad de la persona frente al Estado².

1 La temática de la *Drittwirkung der Grundrechte* ha ocupado señaladamente a la doctrina alemana. Puede consultarse en esta materia la conocida obra de ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción del alemán por E. GARZÓN VALDÉS), Madrid, 1993 (*vid.*, en particular, pp. 506 ss.).

2 Es pacífico en la doctrina que la consagración jurídico-positiva de los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo respondía a la finalidad básica de establecer límites a la actuación de los poderes públicos, garantizando ámbitos de libertad de la persona frente al Estado. Así, exponen GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986, p. 11: “Es sabido (y aun a veces olvidado de puro sabido) que los derechos fundamentales y su plasmación positiva en las Declaraciones y Constituciones a partir de finales del siglo XVIII se forjan en la idea de garantizar un ámbito personal inmune a la injerencia estatal” *Vid.*, sin embargo, las observaciones críticas de BALLARÍN IRIBARREN, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la “Drittwirkung” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, R.E.D.C., 1988, núm.24, pp.285-288, a propósito de esta “concepción clásica” de los derechos fundamentales.

• José Ramón de Verda y Beamonte

Departamento de Derecho civil
Universidad de Valencia

En la actualidad, proclamado por nuestra Carta Magna el Estado Social de Derecho³, parece que debe postularse una concepción de los derechos fundamentales⁴ dirigida a garantizar ámbitos de libertad, no sólo frente a la actuación de los poderes públicos, sino también frente a la actuación de los particulares⁵, sobre todo, de aquellos entes privados, dotados de una posición de supremacía en las modernas sociedades industriales⁶.

Sin embargo, la circunstancia de que los derechos fundamentales originariamente nacieran para ser ejercitados frente a los poderes públicos, y no frente a los restantes ciudadanos, *lastra* considerablemente la posición que deba adoptarse ante el problema⁷, dando lugar a un prejuicio conceptual, según el cual la afirmación de la *Drittwirkung der Grundrechte* supondría una desnaturalización de la concepción clásica de los derechos fundamentales, así como una quiebra del principio de autonomía privada⁸.

2. La diversa vinculación a los derechos fundamentales de los poderes públicos y de los particulares.

En segundo lugar, presupuesta la *Drittwirkung der Grundrechte*, existe, además, el problema de delimitar el grado de vinculación de los sujetos privados a los derechos fundamentales. Intuitivamente se comprende que la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares ha de hacerse *matizadamente*.

- 3 La doctrina constata como el reconocimiento de la *Drittwirkung der Grundrechte* es una cuestión íntimamente ligada a la proclamación constitucional del Estado Social de Derecho. Expone MOLINA NAVARRETE, *Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales (El paradigma de la "Drittwirkung" laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)*, R.T.S.S., 1991, núm.3, pp.66-67: "el Derecho privado, en cuanto forma parte de ese todo unitario que es el ordenamiento jurídico, ya no puede entenderse immune, en ninguna de sus ramas ni de sus instituciones [...] a la acción conformadora de los principios y derechos constitucionales, especialmente de los derechos fundamentales. Derechos éstos, que, por la peculiar naturaleza y específicas funciones que adquieren en un Estado Social y Democrático de Derecho, proyectan una indudable dimensión social, es decir, en la vida social, cuyo complejo entramado de relaciones viene constituido en parte esencial por aquéllas configuradas tradicionalmente como de naturaleza privada, donde encuentran una mejor y más plena realización".
- 4 Que "tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional" [STC 88/1985, de 19 de julio (Sala Primera), recurso de amparo núm.788/1984 (Ponente: D. Angel Escuredo del Corral), BOE 14 agosto 1985, fundamento jurídico segundo].
- 5 Observa PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, 6ª ed., Madrid, 1995, pp.22-23: "Concebidos inicialmente como instrumentos de defensa de los ciudadanos frente a la omnipotencia del Estado, se consideró que los derechos fundamentales no tenían razón de ser en las relaciones entre sujetos del mismo rango donde se desarrollan las relaciones entre particulares". Y el mismo autor explica que tal planteamiento, que obedecía a una concepción puramente formal del principio de igualdad entre los diversos miembros de la sociedad, quiebra con el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, tránsito éste, que ha supuesto "la extensión de la incidencia de los derechos fundamentales a todos los sectores del ordenamiento jurídico y, por tanto, también al seno de las relaciones entre particulares".
- 6 Es el caso -observa PÉREZ TREMPES, *Los derechos fundamentales*, en AA.VV., *Derecho Constitucional*, vol. I, *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia, 1994, p. 136, de "la acción de grandes empresas en el terreno mercantil, en los grandes grupos en el campo de la comunicación, o en la relación entre empresario y trabajador en el ámbito laboral".
- 7 Como expone LÓPEZ LÓPEZ, *La autonomía privada*, en AA.VV., *Derecho civil. Parte general* (coord. A. LÓPEZ LÓPEZ y V. L. MONTÉS PENADÉS), 2ª ed., Valencia, 1995, p. 575.
- 8 En dicho prejuicio conceptual tiene su origen, a mi entender, la tesis de la *mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*.

Aun admitiendo la *Drittwirkung der Grundrechte*, resulta evidente que los derechos fundamentales no pueden vincular de igual manera a los particulares que a los poderes públicos, por la sencilla razón de que, mientras éstos últimos son sólo destinatarios (sujetos pasivos obligados) de los derechos fundamentales, los primeros son simultáneamente titulares y destinatarios de derechos fundamentales y libertades públicas diversas⁹, por lo que, con toda probabilidad, en el caso concreto, el reconocimiento de la eficacia vinculante de un derecho fundamental en el marco de una relación *inter privatos* comportará la limitación de otro derecho fundamental de una de las partes de dicha relación¹⁰.

Frente a la vulneración de DDFF por particulares, la Constitución de Bolivia ha incorporado esta posibilidad de defensa a través de la Acción de Libertad, antes Habeas Corpus (Arts. 125 a 127); y la Acción de Amparo Constitucional en los Arts. 128 a 129 CPE¹¹.

9 P. ej., libertad de expresión versus derecho a la intimidad personal y familiar; libertad de empresa versus derecho a la no discriminación. Como explica ALEXÝ, *Teoría*, cit., p. 511, "La relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de un derecho fundamental y un no titular de un derecho fundamental. En cambio, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales".

10 Explica ALFARO ÁGUILA-REAL, *Autonomía privada y derechos fundamentales*, A. D. C., 1993, p. 65, que el problema de la eficacia de los derechos fundamentales "se plantea de forma muy diversa en relación con el Estado o con el particular. Frente al Estado, el problema consiste en decidir si alguno de sus órganos ha infringido el derecho de un particular mientras que en relación con el particular el problema consiste en dilucidar cómo se resuelve una "colisión entre derechos".

11 **Artículo 125.** Toda persona que considere que su vida está en peligro, que es ilegalmente perseguida, o que es indebidamente procesada o privada de libertad personal, podrá interponer Acción de Libertad y acudir, de manera oral o escrita, por sí o por cualquiera a su nombre y sin ninguna formalidad procesal, ante cualquier juez o tribunal competente en materia penal, y solicitará que se guarde tutela a su vida, cese la persecución indebida, se restablezcan las formalidades legales o se restituya su derecho a la libertad.

Artículo 126.

I. La autoridad judicial señalará de inmediato día y hora de la audiencia pública, la cual tendrá lugar dentro de las veinticuatro horas de interpuesta la acción, y dispondrá que la persona accionante sea conducida a su presencia o acudir al lugar de la detención. Con dicha orden se practicará la citación, personal o por cédula, a la autoridad o a la persona denunciada, orden que será obedecida sin observación ni excusa, tanto por la autoridad o la persona denunciada como por los encargados de las cárceles o lugares de detención, sin que éstos, una vez citados, puedan desobedecer.

II. En ningún caso podrá suspenderse la audiencia. En ausencia del demandado, por inasistencia o abandono, se llevará a efecto en su rebeldía.

III. Conocidos los antecedentes y oídas las alegaciones, la autoridad judicial, obligatoriamente y bajo responsabilidad, dictará sentencia en la misma audiencia. La sentencia podrá ordenar la tutela de la vida, la restitución del derecho a la libertad, la reparación de los defectos legales, el cese de la persecución indebida o la remisión del caso al juez competente. En todos los casos, las partes quedarán notificadas con la lectura de la sentencia.

IV. El fallo judicial será ejecutado inmediatamente. Sin perjuicio de ello, la decisión se elevará en revisión, de oficio, ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a su emisión.

Artículo 127.

I. Los servidores públicos o personas particulares que resistan las decisiones judiciales en los casos previstos por esta acción, serán remitidos por orden de la autoridad que conoció de la acción ante el Ministerio Público para su procesamiento penal por atentado contra las garantías constitucionales.

II. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo quedará sujeta a sanción, de acuerdo con la Constitución y la ley.

3. La ausencia en la Constitución de una base textual general para resolver la cuestión.

Se da, además, la circunstancia de que no existe en nuestro ordenamiento jurídico constitucional una "base textual general", a los efectos de fundamentar, de una manera clara e inequívoca, la *Drittwirkung der Grundrechte*¹².

No hay, así, un precepto paragonable al art. 18.1 de la Constitución portuguesa, conforme al cual los derechos y libertades constitucionales son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas. Pero tampoco existe una "base textual general" que permita afirmar que los derechos fundamentales sólo vinculan a los poderes públicos¹³.

Es de reseñar que el art. 53.2 C.E. contrasta con el art. 19.4. **G. G.**, el cual limita la protección judicial de los derechos fundamentales a los casos en que la lesión de aquéllos proceda de actuaciones de los poderes públicos; en cambio, la norma española reconoce la posibilidad de que los ciudadanos puedan recabar de la jurisdicción ordinaria la tutela de sus derechos fundamentales "por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad", sin exigir que los eventuales actos lesivos sean imputable a los poderes del Estado¹⁴.

Es más, hay una serie de normas constitucionales, que pueden ser invocadas en orden a una fundamentación jurídica de la *Drittwirkung der Grundrechte*: el art. 1.1 C.E., conforme al cual España se constituye en un "Estado social y democrático de Derecho"; el art. 9.1 C.E., que afirma la sujeción de los ciudadanos a la Constitución; o el art. 10.1 C.E., que eleva a fundamento del orden político y de la paz social los "derechos inviolables" inherentes a la persona, así como el respeto a "los derechos de los demás"¹⁵.

En todo caso, ha de evidenciarse que la cuestión de la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales es, en buena medida, un menester, doctrinal y

12 Dicha idea la expresan, p. ej., GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos*, cit., p. 102: "No hay precepto constitucional del que pueda afirmarse que proclama, con carácter general y de forma lo suficientemente reconocible como para engendrar un acuerdo general, la eficacia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales. No quiere eso decir que no existan fragmentos de enunciados constitucionales con los que pudiera intentarse "justificar" la "Drittwirkung"". Y añaden los autores: "Cabría, en efecto, invocar la 'sociedad democrática avanzada', cuyo establecimiento, según el Preámbulo constitucional, es voluntad proclamada de la "Nación española". O aducir la fatigada cláusula del "Estado social" (art. 1.1 CE) y el mandato a los poderes públicos del artículo 9.2 CE. O, en fin, resaltar que, con arreglo al artículo 10.1 CE, los "derechos inviolables (...) inherentes a la persona" y el respeto a "los derechos de los demás" fundamentan no sólo el "orden político" (= relaciones "verticales", entre ciudadano y poder público), sino "la paz social" (= relaciones "horizontales", entre los ciudadanos entre sí)".

13 Lo constata BALLARÍN IRIBARREN, *Derechos*, cit., p. 289.

14 Como expone BALLARÍN IRIBARREN, *Derechos*, cit., p. 289, el art. 53.2 C.E. "no se refiere exclusivamente a las violaciones de los derechos por obra de los poderes públicos".

15 En orden a un meritorio intento de fundamentación de la *Drittwirkung der Grundrechte* en el texto constitucional, *vid.*, MOLINA NAVARRETE, *Bases*, cit., pp. 68-86.

jurisprudencial¹⁶, lo que viene a explicar la disparidad de criterios existentes en la doctrina científica a este respecto.

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA.

En general, los autores afirman que los *Grundrechte* no vinculan por igual a los particulares y a los poderes públicos, pero no explican unívocamente en que consiste esa diversa vinculación, existiendo dos teorías contrapuestas, que se debaten entre la tesis de la eficacia directa (*unmittelbare Drittwirkung*) o indirecta (*mittelbare Drittwirkung*) de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares.

1. La tesis de la eficacia directa (“*unmittelbare Drittwirkung*”).

Según la tesis de la *unmittelbare Drittwirkung*, los derechos fundamentales (o, al menos, algunos de ellos) están dotados de eficacia inmediata en la relaciones horizontales (*inter privatos*), de tal modo que vinculan a los particulares directamente, sin necesidad de mediación de los poderes públicos (legislativo o judicial)¹⁷.

2. La tesis de la eficacia indirecta (“*mittelbare Drittwirkung*”).

Según la tesis de la *mittelbare Drittwirkung*, los derechos fundamentales sólo vinculan a los particulares de forma indirecta o mediata (*interpositio legislatoris* o *interpositio iudicis*) es decir, en la medida en que los poderes públicos hubieran definido el alcance de aquéllos, a través, fundamentalmente, de la acción del legislador (al regular las relaciones de Derecho Privado) y de los jueces (al conocer

16 GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos*, cit., p. 13.

17 Vid., en tal sentido: BALLARÍN IRIBARREN, *Derechos*, cit., pp. 288-297; MOLINA NAVARRETE, *Bases*, cit., pp. 68-86; VALDÉS DAL-RÉ, *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*, R.L., 1990, núm. 8, pp. 288-290. Observa PÉREZ LUÑO, *Los derechos*, cit., p. 22: “En su “dimensión subjetiva”, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí”. RODRÍGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, pp. 267-271, sostienen la vinculación directa de los particulares a ciertos derechos fundamentales, y, en concreto, al derecho a la no discriminación, lo que deducen del art. 9.1 (“norma genérica, que -según los autores- establece la vinculación de los privados por los derechos fundamentales lo mismo que por el resto de las normas constitucionales”) y, en particular, del art. 14 C.E.: “la prohibición de discriminación del art. 14 CE está expresada en términos rotundos [...] y esos términos autorizarían a entender introducida en la categoría de derechos que parcialmente despliegan su eficacia en las relaciones privadas también a esa prohibición, porque no está adjetivada por su procedencia [...] no resulta aventurado sostener que el derecho subjetivo concedido al individuo despliega su eficacia frente a todos, incluso particulares, y en todo caso conduce a que sean eliminadas las conductas en que se traduce la discriminación y a que sean reparados los efectos nocivos de ésta [...] ello requiere la colaboración estatal, cuando menos a través de los Tribunales de Justicia (art. 7.1 LOPJ), y por esto mismo, esta intervención deviene obligada, no meramente indicada o conveniente, pero la pretensión del individuo se funda directamente en la CE, y en el derecho que le otorga, no sólo en el mandato de ésta dirigido al Juez de amparar pretensiones en este sentido”. Más recientemente, defiende la eficacia horizontal del derecho fundamental a la no discriminación MARTÍNEZ ROCAMORA, *El principio de igualdad en la relación de trabajo (Un apunte sobre la eficacia “inter privatos” del artículo 14 de la Constitución)*, *Actualidad Laboral*, 1996, núm. 32, pp. 613 ss., núm. 33, pp. 639 ss. También la moderna civilística se ha orientado en favor de la *Drittwirkung der Grundrechte*, en particular, por cuanto concierne al derecho fundamental a la no discriminación, aunque insistiendo en la idea de que en el ámbito de Derecho Privado es necesario armonizar el principio de igualdad, con el principio (preeminente) de la autonomía privada: cfr. RODRÍGUEZ-CANO (R.), *Principio de igualdad y Derecho Privado*, A. D. C., 1990, pp. 369 ss.; LÓPEZ LÓPEZ, *La autonomía*, cit., pp. 574-577.

controversias entre particulares, velando porque los derechos fundamentales sean respetados en las relaciones *inter privados*¹⁸).

3. Valoración crítica de las tesis expuestas y toma de posición.

En realidad, la discusión apuntada, interesante en el plano dogmático, tiene escasa significación práctica, dado que, tanto los partidarios de la tesis de la *unmittelbare Drittwirkung*, como los de la *mittelbare Drittwirkung*, admiten que los particulares puedan acudir a la jurisdicción ordinaria, con el fin de reclamar la tutela de sus derechos fundamentales lesionados por un acto de autonomía privada ajeno. Que dicha tutela deba operar desde la consideración de que los particulares son destinatarios de los derechos fundamentales (y, por ende, están vinculados por ellos directa o inmediatamente) o, por el contrario, desde la opuesta tesis de que los poderes públicos han de velar porque sea reparada la vulneración de los derechos fundamentales (por parte de los ciudadanos) en las relaciones de Derecho privado, me parece intrascendente desde la óptica del efecto pretendido¹⁹.

Referente a la eficacia directa o indirecta de los DDFF, el Art. 109 -I de la Constitución boliviana, define que los derechos reconocidos por la Constitución son directamente aplicables²⁰.

Sin embargo, no puede dejar de evidenciarse que en la tesis de la *mittelbare Drittwirkung der Grundrechte* subyace una indudable dosis de ficción²¹: si se parte de

18 Para ALFARO ÁGUILA-REAL, *Autonomía*, cit., p. 121: "La afirmación de la eficacia "inter privados" de los derechos fundamentales no tiene apoyo normativo [...] La vigencia social de los derechos fundamentales debe ser producto de la mediación estatal. Esta mediación viene delimitada, por un lado, por la obligación de intervención que para los poderes públicos se deduce del carácter de mandatos de protección de los derechos fundamentales. Por otro, por la obligación de respetar el ámbito privado de libertad que deriva del carácter de los derechos fundamentales como prohibiciones de intervención". En particular, rechaza el autor que el art. 9.I CE, pueda servir de fundamento a la tesis de la *unmittelbare Drittwirkung*: "Aún cuando ha de admitirse que no proporcionan datos concluyentes, los preceptos constitucionales relativos a los derechos y sus garantías permiten deducir, en efecto, que los destinatarios de tales normas son sólo los poderes públicos. Así, el art. 53.I CE sólo declara expresamente vinculados por los derechos fundamentales "a los poderes públicos". Una declaración semejante no se contiene en relación con los particulares. Es cierto que el art. 9.I CE afirma la sujeción a la Constitución de poderes públicos y particulares, pero a nuestro juicio, tal precepto se limita a recordar el sometimiento de poderes públicos y particulares al "Derecho" y no permite en modo alguno identificar el término "sujeción" con el de "vinculatoriedad" del art. 53 CE" (*Id.*, *loc. cit.*, p. 60). PÉREZ TREMP, *Los derechos*, cit., pp. 136-137, afirma lo siguiente: "En términos generales se habla de que la vinculación constitucional que generan los derechos fundamentales respecto de los poderes públicos es una vinculación directa o inmediata, mientras que la que desarrollan respecto de los particulares es de naturaleza "indirecta" o "inmediata". Esta vinculación indirecta procede del hecho de que deben ser los poderes públicos los que, a través de su acción, concreten los extremos de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; dicho de otra manera, los derechos fundamentales vinculan a los particulares en la medida en que los poderes públicos han definido el alcance de aquéllos, y así lo ha visto el Tribunal Constitucional".

19 Y lo acaban reconociendo los propios autores que defienden la tesis de la *mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*. Así, observa PÉREZ TREMP, *Los derechos*, cit., p. 137: "Esta forma indirecta de actuar de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares hace que, a la postre, su eficacia sea muy similar a la eficacia directa ya que, especialmente a través de la acción de los órganos judiciales, las vulneraciones de derechos que existan en estas relaciones [las de Derecho Privado] deben ser reparadas, adquiriendo plena eficacia".

20 Artículo 109.

I. Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.

II. Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley.

21 Tal y como apuntan RODRÍGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, cit., p. 266.

la afirmación de que los particulares no son sujetos destinatarios de los derechos fundamentales, resulta -en mi opinión- difícil de explicar la intervención de los jueces y tribunales (en los supuestos de falta de *interpositio legis*) en orden a reparar la vulneración de aquellos derechos por parte de los actos de autonomía privada; y es que esta intervención parece exigir un presupuesto previo, a saber; la vinculación (directa o inmediata) de los particulares a los derechos fundamentales²².

A mi entender, la tesis de la *mittelbare Drittwirkung* acierta plenamente en la percepción de que no puede ser idéntica la vinculación de los sujetos privados y de los poderes públicos a los derechos fundamentales. Pero -contra lo que afirman los sostenedores de dicha tesis- la diferencia en el grado de vinculación de ambas clases de sujetos no creo que deba ser reconducida a una pretendida (y estimo que ficticia) contraposición entre una eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales (según se trate, de relaciones verticales o horizontales), sino a la constatación de que en el ámbito de las relaciones entre particulares hay peculiaridades que no existen en las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, "por lo que no puede pretenderse una aplicación mimética de los esquemas de unas relaciones a las otras"²³. Y ello, porque en las relaciones *inter privatos* aparecen implicados sujetos que simultáneamente son titulares y destinatarios de derechos fundamentales diversos (susceptibles de entrar en colisión, en cuanto que, recíprocamente, se limitan unos a otros), todos los cuales deben ser armonizados (piénsese, p. ej., en los supuestos paradigmáticos de colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión, o entre la libertad de empresa y el derecho fundamental a la no discriminación); y, sobre todo, dichas relaciones están presididas por el principio de preeminencia de la autonomía de la voluntad (art. 1255 C. c.). Dicho principio (que encuentra apoyo normativo en el art. 10.1 C.E., en cuanto manifestación del libre desarrollo de la personalidad²⁴), es, obviamente, extraño a las relaciones verticales, pero, sin embargo, debe ser exquisitamente tutelado en las relaciones *inter privatos*²⁵

22 Tal es, al menos, la idea que parecen expresar, RODRÍGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, cit., pp. 265-266, a propósito del derecho fundamental a la no discriminación: "a falta de intervención legislativa de desarrollo, la actuación de los Tribunales para la aplicación del principio de no discriminación entre particulares operaría probablemente sobre la base de reconocer que pesa sobre los particulares una prohibición de discriminar de origen constitucional, a fin de suprimir tal conducta, paralelamente al derecho a no ser discriminado que asiste al reclamante, que, precisamente, porque entiende vulnerado ese derecho, reclama". *Vid.*, en sentido semejante, las observaciones críticas de BALLARÍN IRIBARREN, *Derechos*, cit., p. 314.

23 PÉREZ TREMPES, *Los derechos*, cit., p. 137.

24 Observa BUSTOS PUECHE, *Sobre los límites de la autonomía individual en el Derecho civil*, en AA.VV., "El libre desarrollo de la personalidad". *Artículo 10.1 de la Constitución* (coord. L. G. SAN MIGUEL), Alcalá de Henares, 1995, p. 145: "Si, en un sentido muy general, autonomía privada es el "poder de autodeterminación de la persona", fácilmente se aceptará que el derecho al libre desarrollo de la personalidad [...] se manifiesta en el campo del Derecho Privado, y más específicamente, en el Derecho civil, en el principio general de la autonomía privada".

25 Exponen GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos*, cit., p. 13: "conviene no perder nunca de vista que la autonomía de la voluntad es plasmación (como los derechos fundamentales) de un principio general que la Constitución, como es obvio, no ha podido sino reforzar. En efecto, su artículo 10.1 reconoce, junto a otros, el "libre desarrollo de la personalidad" como fundamento del orden político y de la paz social [...] "Drittwirkung der Grundrechte" y limitaciones a la autonomía de la voluntad no son lo mismo, desde luego. Pero urge resaltar que una aplicación absoluta e indiscriminada de aquélla, en principio alentada por un entusiasta deseo de ampliar la esfera de libertad [...] puede conducir (y de hecho conduce) al resultado opuesto".

(en particular; según se expone *infra*, cuando se trata de decidir la vinculación de los particulares al derecho fundamental a la no discriminación²⁶).

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA.

Veamos ahora cuál es el estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la que se desprende, a mi juicio, que ciertos derechos fundamentales tienen eficacia *inter privados*²⁷.

La emblemática STC 18/1984²⁸ conoció de un recurso de amparo interpuesto contra un pretendido “acto administrativo” de una Caja de Ahorros, desestimatorio de un recurso de alzada formulado contra una anterior decisión de la Junta Electoral Interna sobre elecciones de representantes del personal en los órganos de gobierno.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso, por entender, conforme a lo dispuesto en el art. 41.2 L.O.T.C., que el acto impugnado no era susceptible de amparo, “al no provenir de un ente público, ni ser imputable a la Administración del Estado, por no haber sido dictado por delegación de la misma”. El Ministerio Fiscal había planteado, sin embargo, la cuestión de que los arts. 53.2. y 161.2 C.E. no circunscribían el recurso de amparo a los actos emanados de entes públicos, con lo que venía a sostener “la posibilidad del mismo frente a actos emanados de entes que no poseen tal naturaleza”.

El Tribunal Constitucional no acogió tal tesis, pero reconoció la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales y libertades públicas: “Esta concretización de la Ley Suprema -afirma el Constitucional, en relación con lo dispuesto en el art. 41.2 L.O.T.C.- no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el artículo 1º de la Constitución, no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social, tal y como evidencia la Ley 62/1978, de Protección de los Derechos Fundamentales, la cual prevé la vía penal -aplicable

26 En realidad, como observan RODRÍGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, cit., pp. 270-271, “La necesidad de coordinar la prohibición de discriminación con otros derechos fundamentales y con la propia autonomía privada es un problema común a otros derechos, que se conecta con el reconocido carácter no ilimitado de todo derecho fundamental”.

27 En este punto es tajante MOLINA NAVARRETE, *Bases*, cit., p. 89. Observa el autor lo siguiente: “Según muy generalizada opinión [en alusión a la sustentada por RODRÍGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, cit., pp. 269], el TCo habría preferido no pronunciarse expresamente sobre el “espinoso” problema de la *Drittwirkung*, moviéndose en una “zona de aparente indefinición, orillando el problema mediante su reconducción a los cauces tradicionales de eficacia constitucional”. Esta afirmación -a la que se ha recurrido como un verdadero tópico doctrinal- carece de consistencia en la más reciente jurisprudencia, y ello es algo que no admite margen de duda”.

28 STC 18/1984, de 7 de febrero (Sala Primera), recurso de amparo núm. 475/1982 (Ponente: D. Rafael Gómez-Ferrer Morant), BOE 9 marzo 1984.

cualquiera que sea el autor de la vulneración cuando cae dentro del ámbito penal-, la contencioso-administrativa -ampliada por la disposición transitoria segunda, dos, de la LOPJ- y la civil no limitada por razón del sujeto autor de la lesión. Lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como los del art. 24) y, de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador; al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas. De donde resulta que el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales, cuando los poderes políticos han violado tal deber. Esta violación puede producirse respecto de las relaciones entre particulares cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos, que normalmente corresponden a los Jueces y Tribunales, a los que el Ordenamiento encomienda la tutela general de tales libertades y derechos (art. 41.1 de la LOPJ)”²⁹.

La STC 18/1984 deslinda, pues, claramente dos cuestiones distintas, que operan en ámbitos diversos (material y procesal, respectivamente): de un lado, la relativa al ámbito subjetivo de aplicación de los derechos fundamentales; de otro, la atinente a “los medios técnicos jurídicos que se establezcan para protegerlos”³⁰.

Con la primera cuestión (la material), se trata de decidir si los derechos fundamentales tienen como destinatarios, exclusivamente, los poderes públicos o también los particulares³¹.

Con la segunda cuestión (la procesal), se trata de dilucidar, simplemente, si los actos de autonomía privada lesivos de los derechos fundamentales pueden, o no, ser recurridos en amparo ante el Tribunal Constitucional.

Se trata -insisto- de dos cuestiones distintas, ya que una cosa es afirmar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (creo que la sentencia comentada la afirma) y otra, bien diversa, es que los actos de los particulares (lesivos de un derecho fundamental) puedan ser directamente recurridos en amparo.

29 “En este sentido -añade el Tribunal Constitucional- debe recordarse que el Tribunal ha dictado ya sentencias en que ha admitido y fallado recursos de amparo contra resoluciones de órganos judiciales, cuando los actos sujetos al enjuiciamiento de los mismos provenían de particulares, debiendo ahora remitirnos a la doctrina sentada en nuestra sentencia de 29 de enero de 1982, número 2/1982, acerca de las peculiaridades que presenta la competencia del Tribunal Constitucional cuando se impugna ante el mismo, en vía de amparo, resoluciones de órganos judiciales [...] En el presente caso, sin embargo, lo impugnado no es una resolución de un órgano judicial, sino de un Consejo de Administración de la Caja de Asturias, entidad que no tiene la condición de ente público, no siendo imputable tampoco a la administración tal acto” (*loc. cit.*, fundamento jurídico sexto).

30 RODRÍGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, cit., p. 269.

31 Y, como exponen GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos*, cit., pp. 16-17, “parece claro que el ámbito y el alcance de los derechos fundamentales (que es, en rigor, la cuestión de la “Drittwirkung”) es punto que puede y debe separarse de la competencia de los órganos juzgadores de sus violaciones”.

La sentencia referida admite la *Drittwirkung der Grundrechte*, al exponer que, con carácter general, no puede afirmarse que "sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos"³². Luego está reconociendo que ciertos derechos fundamentales y libertades públicas tienen como destinatarios, no sólo los poderes públicos, sino también los particulares³³. Lo que puede dar pie a distinguir entre varias clases de derechos fundamentales, según vinculen, o no, a los ciudadanos en el ejercicio de los actos de autonomía privada (vinculación que la sentencia comentada deduce del art. 1.1 C.E. y, más concretamente, de la idea de que en un Estado social de Derecho "no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social"³⁴).

Entre los derechos fundamentales con exclusiva eficacia vertical ("derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos"), la STC 18/1984 se refiere al derecho de tutela efectiva, cuyos destinatarios son, a tenor del art. 24 C.E., los jueces y tribunales.

Entre los derechos fundamentales con eficacia horizontal (*inter privados*) sitúa la STC 18/1984 los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 C.E.³⁵). A los que cabría añadir: el derecho a la inviolabilidad del

32 *Loc. cit.*, fundamento jurídico sexto. Con dichas expresiones -exponen GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos*, cit., p. 100- el Tribunal Constitucional opera una "cauta recepción de la "Drittwirkung". Para BALLARÍN IRIBARREN, *Derechos*, cit., p. 290, la STC 18/84 no ha hecho, sino constatar que en nuestra Constitución no se acoge una tesis general contraria a la *Drittwirkung*.

33 Lo que ya había admitido, respecto del derecho de libertad sindical la conocida STC 39/1981, de 16 de diciembre (Sala Segunda), recurso de amparo núm. 215/1981 (Ponente: D. Francisco Rubio Llorente), BOE 14 enero 1982, en la que, según MOLINA NAVARRETE, *Bases*, cit., p. 89, "se localiza de forma incuestionable el germen de la *Drittwirkung* inmediata". El supuesto de hecho de la sentencia era el siguiente: un grupo de Trabajadores, como representantes del Sindicato Andaluz de trabajadores, pidieron la celebración de elecciones sindicales en la empresa donde trabajaban. Constituida la mesa electoral, solicitaron que se les proclamara candidatos, lo que efectivamente tuvo lugar. El día siguiente a la adopción de dicho acuerdo por la mesa electoral fueron despedidos mediante respectivas cartas, en las que se les informaba que debían dejar de prestar sus servicios debido a las necesidades económicas de la empresa. Recurrido el despido, la jurisdicción laboral declaró la nulidad del mismo, por incumplimiento de los requisitos formales previstos por el Estatuto de los Trabajadores (art. 51.3 al 7; art. 55.3). Por el contrario, los demandantes consideraban que dicho despido era nulo por contrario a lo dispuesto en los arts. 14 y 28 C.E., ya que, bajo la apariencia de un despido justificado por causas económicas y luego, tardíamente, y en momento no hábil, como despido disciplinario, se ocultaba un "acto discriminatorio, un acto de ruptura de la relación laboral a causa de la afiliación sindical y de la participación en un proceso electoral con el designio de alcanzar funciones representativas de los trabajadores en el seno de la Empresa"; en consecuencia, solicitaban que el despido fuera declarado nulo, con nulidad radical, por vulnerar derechos constitucionales y, por ende, su readmisión al trabajo, sin que cupiera la indemnización como sustitutiva de la readmisión. Y, dicho razonamiento, reiterado en el pertinente recurso de amparo, fue estimado por el Constitucional (*vid.*, en particular, fundamentos jurídicos sexto y séptimo), que reconoció "el derecho de los demandantes a no sufrir discriminación por razón de su pertenencia a un sindicato y de presentarse como candidatos para cubrir puestos de representación obrera en la empresa" y restableció a los recurrentes en la integridad de su derecho, disponiendo su readmisión en la empresa, junto con las demás consecuencias procedentes en los casos de despido nulo con nulidad radical. Observan GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos*, cit., p. 73, que la STC 39/1981 "es un ejemplo paladino de total reconocimiento de la 'Drittwirkung' directa del art. 28.1 CE, plenamente amparable por el Tribunal Constitucional: al empresario es imputable la violación del derecho de libertad sindical; el acto de despido es nulo y así lo declara la sentencia que impone al empresario la obligación de readmitir".

34 *Loc. cit.*, fundamento jurídico sexto.

35 Se trata, según BALLARÍN IRIBARREN, *Derechos*, cit., pp. 288-297, de derechos fundamentales, cuyo "carácter "erga omnes" [frente a los poderes públicos y frente a los particulares] ha sido tradicionalmente admitido". La STC 99/1994, de 11 de abril (Sala Primera), recurso de amparo núm. 797/1990 (Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), BOE 17 mayo 1994, conoció de un recurso de amparo interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura, de 12 de febrero de 1990, desestimatoria de un recurso interpuesto contra la del Juzgado de lo Social, núm. 1, de Badajoz, calificando de procedente el despido del demandante y recurrente en

domicilio (art. 18.2 C.E.)³⁶; el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.)³⁷, el derecho a la libertad de expresión e información [art. 20.1 a) y d) C.E.³⁸,

virtud de lo dispuesto en el art. 54.2 b) del Estatuto de los Trabajadores. El supuesto de hecho era el siguiente: con motivo de la muestra de un producto (jamón ibérico) a los medios de comunicación y autoridades autonómicas extremeñas para la presentación de la denominación de origen del "jamón de bellota", producido por la empresa en que prestaba sus servicios laborales el solicitante en amparo, "éste fue reiteradamente requerido por aquella para que realizara el corte de jamón dada su destreza en dicho cometido"; requerimiento al que se negó el recurrente, "alegando que bajo ningún concepto deseaba que su imagen fuese captada fotográficamente, por lo que la empresa procedió a despedirle". El recurso de amparo se interpuso por violación, entre otros, del art. 18.1 C.E., motivo éste que prosperó. Según el Constitucional (que estimó el recurso) "El derecho a la propia imagen, consagrado en el art. 18.1 CE junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor, contribuye a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros [...] la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia -y previa- conducta de aquél o las circunstancias en que se encuentra inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél" (fundamento jurídico quinto). Y se concluye: "No consta que el trabajador, oficial de 2ª deshuesador de jamones, tuviera asignada, explícita ni implícitamente, tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción del producto, ni que éstas fueran componentes imprescindibles -o aun habituales- de las funciones que debía desarrollar" (fundamento jurídico séptimo).

- 36 Expone la STC 22/1984, de 17 de febrero (Sala Segunda), recurso de amparo núm. 59/1983 (Ponente: D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León), BOE 9 marzo 1984, que la regla primera del art. 18.2 C.E. "define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona establecido [...] para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública" (fundamento jurídico quinto). De donde resulta que el derecho a la inviolabilidad del domicilio garantiza un ámbito de libertad frente a las agresiones, no sólo de los poderes públicos, sino también de los otros ciudadanos, por lo que ha de afirmarse su *Drittwirkung*. Es más, la sentencia referida, en su fundamento jurídico cuarto, había declarado genéricamente "la nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del capítulo segundo del título I de la Constitución".
- 37 La STC 114/1984, de 29 de noviembre (Sala Segunda), recurso de amparo núm. 167/1984 (Ponente: D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León), BOE 21 diciembre 1984, reconoce la *Drittwirkung* del derecho al secreto de las comunicaciones, afirmando que "sea cual sea el ámbito objetivo de la "comunicación", la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma" (fundamento jurídico séptimo). La referencia de la sentencia a la eficacia erga omnes del derecho al secreto de las comunicaciones no puede ser entendida, sino en el sentido de que dicho derecho tiene eficacia privada, es decir, vincula a los particulares.
- 38 Cfr., en tal sentido, la STC 88/1985, de 19 de julio (Sala Primera), recurso de amparo núm. 788/1984 (Ponente: D. Ángel Escudero del Corral), BOE 14 agosto 1985, según la cual "La celebración de un contrato no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1.a), y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación [...] Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legítima el que quienes prestan servicios en aquella por cuenta y bajo dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de "feudalismo industrial" repugnan al Estado Social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1.)" (fundamento jurídico segundo). La STC 6/1988, de 21 de enero (Sala Primera), recurso de amparo núm. 1221/1986 (Ponente: D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León), BOE 5 febrero 1988, conoció de un recurso de amparo contra una sentencia de la Sexta del Tribunal Supremo (revocatoria de la dictada por Magistratura de Trabajo), que había declarado procedente el despido de un redactor, que prestaba sus servicios en la Oficina de Prensa del Ministerio de Justicia, "por la comisión de una falta muy grave de deslealtad y abuso de confianza por las manifestaciones que éste hiciera ante persona o personas de la Agencia de Noticias "Europa Press" y en las que declaraba su intención de dirigir "próximamente" un escrito al Subsecretario del Ministerio de Justicia exponiendo "su preocupación por la filtración de noticias desde ese Departamento a la editorial Prisa"". El demandante interpuso recurso de amparo, argumentando lesión de su derecho a la libertad de expresión e información, ya que "habiendo sido despedido por el mero ejercicio de estas libertades, los órganos judiciales que resolvieron el litigio no consideraron tal despido como nulo". El Tribunal reconoció la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información, si bien remarcando que dichos derechos debían aplicarse matizadamente en las relaciones *inter privatos*: "El ejercicio por el actor de su libertad de información se hubo de enmarcar [...] en el específico ámbito de derechos y obligaciones correspondiente a la relación laboral, pues, aunque "la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano" [cita STC 88/1985] no es menos cierto que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condicionan el ejercicio de la libertad considerada, de modo que -como en otra ocasión dijéramos respecto de la libertad de expresión- manifestaciones de tal libertad que en otro contexto pudieran ser legítimas no tiene por qué

el derecho de libertad sindical (art. 28 C.E.³⁹), y, muy en particular, el derecho a la no discriminación (art. 14 C.E.)⁴⁰.

El reconocimiento de la *Drittwirkung der Grundrechte* por parte de la sentencia que se viene comentando no es empañado por la circunstancia de que el ordenamiento español no prevea el recurso de amparo contra los actos de los particulares lesivos de los derechos fundamentales⁴¹.

Evidentemente, en nuestro Derecho no cabe que el Tribunal Constitucional realice un control directo de la constitucionalidad de los actos de autonomía privada, porque, si bien el art. 53 C.E. permite la solución contraria, el legislador patrio (cfr. art. 41.2 L.O.T.C.) optó por restringir el recurso de amparo a las lesiones procedentes de actuaciones de los poderes públicos. Pues bien, en esta tesitura la jurisprudencia (la STC 18/84 es buena muestra de ello) se planteó articular un mecanismo que permitiera al Tribunal Constitucional enjuiciar, en alguna medida (y, en última instancia), el ajuste a la Constitución de los actos de autonomía privada. Y, puesto que ese control de constitucionalidad no podía realizarse directamente (por impedirlo el art. 41.2 L.O.T.C.), el Alto Tribunal acudió al expediente de *buscar* un poder público al que imputar la violación de un derecho fundamental⁴².

La premisa de la que parte dicha imputación es la siguiente: el art. 9.1 C.E., en cuanto sanciona la sujeción de los poderes públicos a la Constitución, contiene un mandato, dirigido a los poderes del Estado (legislador, ejecutivo y Jueces y Tribunales,

serlo, necesariamente, dentro del ámbito de esa relación contractual" [cita STS 120/1983]" (fundamento jurídico sexto). Y más adelante añade: "el actor, trabajador, además de ciudadano, se hallaba sujeto, por razón de un contrato, a específicas obligaciones [...] pero es evidente que el daño que pudo irrogar con su conducta al empleador sólo sería merecedor de sanción si hubiera sido fruto [...] de un ejercicio desviado de la libertad de información, cuya posición preferente en el ordenamiento [...] impide considerarla abolida, para el trabajador, en todo aquello que, aun expresado de buena fe y sin quiebra de la lealtad debida, no resulte inocuo para su empleador" (fundamento jurídico sexto). En consecuencia, la sentencia referida estimó el recurso de amparo, declarando que el despido se había producido "con daño para la libertad de información de quien recurre, pues ni la sanción recayó por incumplimiento de un deber de secreto, ni se acreditó en juicio la negligencia o el "animus nocendi" que pudiera haber concurrido en su transmisión, versando la información misma sobre hipotéticas anomalías que habrían de merecer la atención pública" (fundamento jurídico noveno). Vid., más recientemente, STC 6/1995, de 10 de enero (Sala Primera), recurso de amparo núm. 3208/1993 (Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), BOE 11 febrero 1995, en particular, fundamentos jurídicos segundo y tercero.

39 Cfr. STC 39/1981, *loc. cit.* (vid., en particular, fundamentos jurídicos sexto y séptimo). La STC 51/1988, de 22 de marzo (Sala Primera), recurso de amparo núm. 130/1987 (Ponente: D. Francisco Rubio Llorente), BOE 13 abril 1988, afirma la *Drittwirkung* del derecho fundamental a la libertad sindical: "La construcción técnico-procesal del amparo en los arts. 41 a 43 de la LOTC -afirma el Constitucional- obliga [...] a incluir este proceso en el art. 44, excluidos, como están, directamente del recurso de amparo los actos que no procedan de poderes públicos; ello no impide hablar de que estos actos de "particulares" puedan suponer lesión de derechos fundamentales como los aquí aducidos, pues tal es una forma de expresión que el propio legislador orgánico ha empleado a propósito de la libertad sindical, concretamente en el art. 13 de la LOLS; pero, por las exigencias técnico-procesales referidas, el recurso de amparo sólo es viable si, en caso de lesión de la libertad sindical por persona o entidad privada, media un acto judicial que no repare las lesiones supuestamente verificadas" (fundamento jurídico primero). A propósito de la *Drittwirkung* del derecho fundamental a la libertad sindical, vid. también: STC 78/1982, de 20 de diciembre (Sala Primera), recurso de amparo núm. 73/82 (Ponente: D. Rafael Gómez-Ferrer Morant), BOE 15 enero 1983.

40 Cfr., *infra*, en texto.

41 Afirman GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos*, cit., p. 62: "Para la resolución de la cuestión de la "Drittwirkung" la limitación (legislativa, no constitucional) del amparo constitucional a las violaciones imputables a los actos del poder público no es decisiva".

42 Como gráficamente explican RODRÍGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, cit., p. 272.

en el ámbito de sus funciones respectivas), que se traduce en el deber positivo de dar efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares. Y la conclusión es ésta: cuando los poderes públicos no cumplen el referido mandato, en especial, cuando la jurisdicción ordinaria no cumple el deber de restablecimiento de los derechos fundamentales lesionados por actos de autonomía privada⁴³, quedan abiertas las puertas para un eventual recurso de amparo, cuyo objeto formal estará, pues, constituido por los eventuales actos de un poder público (normalmente, jueces y tribunales) que no cumplan con el deber positivo, que les impone el art. 9.1.C.E., de dar efectividad a los derechos en cuanto a su vigencia social (lo que es acorde a la conceptualización por la STC 18/84 del recurso de amparo, como un “remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales”⁴⁴).

Pero esta argumentación no implica la recepción de la artificiosa tesis de la *mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*: la STC 18/84 no afirma que los derechos fundamentales tengan como exclusivos destinatarios los poderes públicos y, por ende, que los particulares no puedan violarlos, sino que, simplemente, aborda un problema de índole procesal, tratando de salvar el escollo del art. 41.2 L.O.T.C., que impide el recurso de amparo contra actos no procedentes de los poderes del Estado. Es más, creo que, implícitamente, presupone la *unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte*: si los jueces ordinarios están obligados a dar efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones *inter privatos* es porque dichos derechos vinculan a los particulares en el ejercicio de sus actos de autonomía privada (y, por ello, el titular de los derechos lesionados puede recabar la pertinente tutela de la jurisdicción ordinaria); en consecuencia, me parece que la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales es presupuesto previo de la obligación de los jueces y tribunales de asegurar su vigencia en el ámbito social⁴⁵.

La STC 19/1985⁴⁶ abordó también la cuestión de la eficacia jurídico-privada de los derechos fundamentales, en particular, del derecho a la libertad religiosa, y, *per relationem*, del derecho fundamental a la no discriminación. La demandante de

43 BALLARÍN IRIBARREN, *Derechos*, cit., pp. 307, distingue dos supuestos en los que las resoluciones judiciales no remedian las lesiones de los derechos fundamentales producidas originariamente por particulares. De un lado, “aquéllos en que la falta de protección judicial del derecho lesionado se deriva pura y simplemente de una cierta interpretación-aplicación (lesiva) de los derechos fundamentales en su incidencia sobre las relaciones entre particulares”; de otro, “supuestos en que la falta de protección se deriva de la lesión de un deber que, formando parte del contenido de un derecho fundamental, pesa específicamente sobre los órganos judiciales en su función protectora de esos derechos”.

44 *Loc. cit.*, fundamento jurídico sexto.

45 Como expone BALLARÍN IRIBARREN, *Derechos*, cit., p. 314, “ya [se] estime que los órganos judiciales han interpretado de modo deficiente y lesivo normas que atañen a la vinculación de particulares por los derechos fundamentales [...] ya [se] entienda que han infringido normas relativas al ejercicio de la actividad jurisdiccional en materia de derechos fundamentales [...] es preciso, para llegar a una u otra conclusión, que [se] parta del reconocimiento de que la relación jurídica de fondo, en que se plantea el conflicto, está regida por un derecho fundamental”. En sentido semejante, si bien más cautamente, se pronuncian RODRÍGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, cit., p. 265-266.

46 STC 19/1985, de 13 de febrero (Sala Segunda), recurso de amparo núm. 98/1984 (Ponente: D. Jerónimo Arozamena Sierra), *BOE* 5 marzo 1985.

amparo alegaba que la sentencia recurrida (del Tribunal Central de Trabajo) había incurrido en violación de su derecho a la libertad religiosa, recogido en el art. 16 de la Constitución, y que ésta vulneración se habría producido por no haber declarado nulo el despido que, apreciando las causas a) y b) del apartado 2º del art. 54 del Estatuto de los Trabajadores, se dispuso por la Empresa, para la cual prestaba sus servicios. La recurrente reconocía que había dejado de asistir al trabajo; y, que, en este aspecto, no había cumplido las prescripciones obligatorias en orden a la jornada de trabajo, “pero que esto lo hizo -después de intentar sin éxito que la Empresa consintiera en un cambio de régimen-, en razón a sus creencias religiosas y pertenencia a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, que le impone la inactividad laboral desde la puesta del sol del viernes a la del sábado”.

En definitiva, la recurrente pretendía una modificación de las condiciones del contrato de trabajo en virtud de la aplicación del derecho a la libertad religiosa en la relación jurídico-laboral. El recurso de amparo fue desestimado por el Tribunal Constitucional (que, sin embargo, expuso la doctrina de la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales), habiéndose expresado en los siguientes términos: “aunque es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas [...] Podrá existir -no hay inconveniente en reconocerlo- una incompatibilidad entre los deberes religiosos, en cuanto impongan la inactividad laboral y la ejecución del trabajo o el cumplimiento de obligaciones laborales, pero no una coercibilidad contraria al principio de neutralidad que debe presidir, en la materia, la conducta del empresario”⁴⁷.

La STC 19/1985 contiene, pues, un explícito reconocimiento de la *unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte*, declarando que el respeto a los derechos fundamentales constituye un componente del orden público y, por ende, un límite a la autonomía privada, cuya infracción determina la nulidad del pacto o estipulación lesivos, lo que parece una consecuencia plenamente conforme a lo dispuesto en el art. 1255 C. c.⁴⁸

47 En este punto de la argumentación -añade la STC 19/1985-, el tema conduce a la relación del artículo 16, en cuanto reconoce, con otras, la libertad religiosa, con otros preceptos constitucionales, cuál es el artículo 14, en cuanto proscribiera todo trato discriminatorio por razón de las condiciones o circunstancias que establece en fórmula abierta”. Y el Constitucional llega a la conclusión de que en la conducta empresarial no se detecta violación del art. 16 en conexión con el art. 14: “Que el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso [...] el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el “domingo” como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición”.

48 Observa LÓPEZ LÓPEZ, *La autonomía*, cit., p. 576, que la noción de orden público es un “concepto que reúne, entre otros, el mérito de una flexibilidad interpretativa derivada de su propia necesidad de considerar el Ordenamiento de un modo conjunto; consideración conjunta, que se debe enriquecer con la contemplación de los valores

Sin embargo, el Tribunal realiza una interesante precisión: no es posible invocar los derechos fundamentales para pretender una modificación unilateral y arbitraria de la relación jurídico-privada, lo que apunta a la idea (más claramente expuesta en otros fallos) de que la aplicación de los derechos fundamentales y de las libertades públicas a las relaciones entre particulares debe hacerse *matizadamente*, es decir, en forma conciliable con las exigencias derivadas del principio de autonomía de la voluntad.

IV. EL RECURSO DE AMPARO TRAS LA LEY ORGÁNICA 6/2007, DE 24 DE MAYO, DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL REQUISITO DE LA “ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL”.

El control indirecto de la constitucionalidad de los actos de autonomía privada, mediante el mecanismo descrito, por parte del Tribunal Constitucional, es una de las causas de la proliferación de recursos de amparo, que ha motivado una reacción del legislador, a través de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se reforma la L.O.T.C.⁴⁹.

La Exposición de Motivos de la Ley explica, en su apartado II, que “el elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del Tribunal Constitucional. El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente establecido para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución. Y así, entre las modificaciones que se introducen en relación con el recurso de amparo, se pueden destacar el cambio en la configuración del trámite de admisión del recurso”.

En relación con este punto, la Exposición de Motivos sigue diciendo: “frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido de recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución”.

constitucionales, aun partiendo de su historicidad y relatividad, nota ésta última que puede permitir una adaptación de la eficacia de los derechos fundamentales a los distintos sectores del Derecho privado, con diversas intensidades a la hora de limitar el ejercicio de la autonomía de los particulares”. También RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 10ª ed., Napoli, 1993, p. 47, reconduce la cuestión de la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales a la noción de orden público: “un limite generale all'autonomia dei privati -osserva el autor- è rappresentato dal rispetto dei principi di ordine pubblico, e certamente i principi costituzionali si collocano, con dignità preminente rispetto a tutti gli altri, nella nozione di ordine pubblico”.

49 A este respecto puede verse GARCÍA VÁZQUEZ, *La controvertida reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 2ª edición, Santiago de Compostela, 2009.

Dicha reforma se plasma en el nuevo art. 49.1 L.O.T.C., cuyo inciso último afirma que “En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”.

Consiguientemente, el actual art. 50.1 b) L.O.T.C., al enunciar los requisitos de admisión, exige que “el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación y contenido del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

Por lo tanto, esta reforma supone un cambio radical en la concepción del recurso de amparo, y, por lo que al objeto del presente trabajo respecta, es claro que el mero hecho de que una sentencia de la jurisdicción ordinaria no estime la pretensión de restablecimiento de un derecho fundamental lesionado por un acto de autonomía privada, no basta para que tal resolución judicial pueda ser recurrida ante el Tribunal Constitucional⁵⁰, sino que será, además, necesario que, al interponerse el recurso de amparo, se demuestre, expresamente y con carácter insubsanable, que, en el caso concreto, concurre el requisito de la “especial trascendencia constitucional”, que justifica una decisión de fondo⁵¹.

Según la interpretación (no cerrada) que la STC 155/2009, de 25 de junio (Pleno)⁵², ha hecho de los arts. 49.1 y 50.1 b) L.O.T.C., será necesario que el recurrente en amparo justifique alguna de las siguientes circunstancias⁵³:

1º) que se trata de un recurso que plantea “un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional”⁵⁴;

50 En compensación, el vigente art. 241.1. 1º L. O. P.J., redactado conforme a lo previsto en la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 6/2007, otorga a los Tribunales ordinarios la posibilidad de revisar, a través de los incidentes de nulidad de actuaciones, cualquier vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 53.2 C.E., en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista anteriormente.

Esta compensación no parece bastante a SEGÚ VILLUENDAS, “Tiro de gracia al recurso de amparo. La reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007”, “La Ley”, núm. 7041, 24 octubre 2008.

51 El ATC 188/2008, de 21 de julio, recurso de amparo núm. 1282/2008, RTC 2008, 188, fundamentos de derecho segundo y tercero, observa que “la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental”; y, más adelante, precisa que “La exigencia prevista en el art. 49.1 in fine LOTC de que en la demanda de amparo se justifique en todo caso la especial trascendencia constitucional del recurso es, además, un requisito insubsanable”.

52 STC 155/2009, de 25 de junio (Pleno), recurso de amparo núm. 7329/2008 (Ponente: D.Vicente Conde Martín de Hijas), RTC 2009, 155, fundamento jurídico segundo.

La sentencia es comentada por PULIDO QUECEDO, “El requisito de la especial trascendencia constitucional en el recurso de amparo. Nota sobre la STC 155/2009, de 25 de junio”, “Revista Aranzadi Doctrinal”, 6, octubre 2009, pp. 73-78.

53 No parece que respecto de los actos de autonomía privada sea aplicable el supuesto, previsto en la STC 155/2009, *loc. cit.*, fundamento jurídico segundo, de que la “vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la Ley u otra disposición de carácter general”.

54 En el mismo sentido se pronuncia la STC 70/2009, de 23 de marzo (Sala Primera), recurso núm. 2826/2004 (Ponente: Doña Emilia Casas Beamonde), RTC 2009, 70, fundamento jurídico primero.

2º) que da ocasión al Tribunal “para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un cambio de un proceso de reflexión interna” o “por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE” (señaladamente, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos);

3º) que la vulneración del derecho fundamental trae causa “de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley”, en cuyo caso será necesario que el Tribunal Constitucional la considere lesiva de dicho derecho y “crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución”;

4º) que la doctrina del Tribunal Constitucional que se alega está siendo “incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria” o existen “resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros”;

5º) que un órgano judicial incurre “en una negativa manifiesta deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional”, establecida en el art 5 L.O.P.J.;

6º) que, el asunto suscitado, “aún sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores”, trasciende del caso concreto, porque plantea “una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales” (aunque este supuesto que no parece pensado para actos de autonomía privada, poniéndose, como ejemplo, el caso de determinados amparos electorales o parlamentarios).



EL MÉTODO DEL ESTUDIO DE CASOS COMO ESTRATEGIA
METODOLÓGICA PARA DESARROLLAR HABILIDADES
INVESTIGATIVAS EN LA FORMACIÓN DEL JURISTA.

THE CASE STUDY METHOD AS A STRATEGY TO
DEVELOP SKILLS TRAINING RESEARCH AT THE JURIST.

Rev. boliv. de derecho n° 13, enero 2012, ISSN: 2070-8157, pp. 60-101



Julia Laida
LIMPIAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de septiembre de 2011

ARTÍCULO APROBADO: 15 de septiembre de 2011

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

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

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

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

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

En la formación de los estudiantes de la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la UAGRM son insuficientes los métodos y técnicas de carácter investigativo que conduzcan a la formación de habilidades que permitan la búsqueda de soluciones prácticas a problemas concretos que se le presentarán en el ejercicio de la abogacía.

En los programas que actualmente se imparten son insuficientes las actividades conducentes a despertar el interés y la motivación en los estudiantes con miras a incrementar su capacidad creativa y, no obstante los programas se van actualizando, no siempre ocurre así con los métodos y las técnicas que soportan el proceso de enseñanza aprendizaje. Este proceso requiere de la introducción de métodos participativos que vinculen la teoría con la práctica y que a su vez creen en los estudiantes habilidades motivacionales en la resolución de problemas.

El método del estudio de casos, como práctica que sirva como marco de análisis y reflexión multidisciplinaria dentro de una estructura académica, no se ha practicado ni desarrollado, pues si bien este método es utilizado en forma independiente e individual por un significativo número de docentes, no existen resultados de su aplicación.

La experiencia en el proceso de enseñanza aprendizaje y el relacionamiento con abogados recién graduados de esta Facultad, permitió conocer el potencial de los alumnos y sus inquietudes por contar con habilidades investigativas que les ayuden en su trabajo profesional. Por ello se pensó en muchos métodos, técnicas y procedimientos para lograr ese objetivo y luego de probar y evaluar algunos, se encontró que la aplicación del método del estudio de casos posibilita ese objetivo, decisión que permitió profundizar en su investigación con miras a su aplicación en los distintos planes, programas y asignaturas de la carrera de Derecho.

• **Julia Laida Limpias**

Es abogada en ejercicio y docente titular "C" de la carrera de Derecho de la Universidad Autónoma Gabriel René moreno, donde se formó como jurista y en la que ejerce la docencia hace 24 años en las cátedras Derecho Internacional Privado, Derechos Reales y Metodología de la Investigación Social y Jurídica. Es especialista en: Educación Superior; Derecho Mercantil, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y Master en Metodología Operativa para la Investigación.

El estudio de casos como método en la formación de habilidades investigativas en la formación del jurista se analiza desde diferentes perspectivas:

COMO MÉTODO DIDACTICO comenzó siendo un método de investigación científica, fue pronto una técnica de enseñanza. Hay noticias que, a finales del siglo XIX, se utilizaba en la Universidad de Harvard en los estudios de derecho, sobre todo en temas procesales y civiles. A principios del siglo XX, se comenzaron a usar de manera sistemática en los estudios de economía empresarial y en los de medicina clínica.

Ya, a partir del primer tercio de siglo XX, comienza a ser un método que cubre programaciones enteras de ciertas materias universitarias en el campo de diversas ciencias sociales. La metodología parte de centrar los contenidos del currículum académico en problemas basados en situaciones reales. A partir de estos, se elaboran materiales didácticos específicos y técnicas que permitan la generalización de lo aprendido.

Desde el punto de vista educativo puede definirse el método de estudios de casos como un "proceso didáctico que intenta la descripción, análisis e interpretación de un objeto de estudio histórico concreto y singular en términos de calidad y complejidad. Tiene como finalidad enseñar a elaborar una explicación científicamente argumentada del tema de estudio que sea coherente con el análisis general de la temática en la que se enmarca y permite desarrollar habilidades investigativas en los estudiantes".¹

El estudio de casos permite trabajar temas, históricos, sociales o jurídicos reales concretos y existentes y, partiendo de ellos poder construir visiones generales, conceptos sociales y dotarse de instrumentos metodológicos para acercarse con rigor a otros casos.

CARACTERÍSTICAS DEL MÉTODO DE ESTUDIO DE CASOS COMO MÉTODO DIDÁCTICO.

Para definir mejor el concepto de estudio de caso en la didáctica se puede señalar cuatro rasgos que completan su definición, estos rasgos son los siguientes:

- el estudio de caso único es de carácter empírico,
- se construye en torno a un problema histórico o social,
- sirve para ilustrar o promover el conocimiento teórico en el que se encuadra el problema elegido y, por último,

1 CARNELUTTI FRANCESCO, *Metodología del Derecho*, Valletta ediciones, Cap. Fed., julio 1990.

- es uno de las mejores maneras de iniciarse y adentrarse en el estudio de la complejidad del sistema social, tanto en sus aspectos presentes como en el pasado.

Los rasgos señalados se concretan con los siguientes elementos:

El estudio de caso permite, por un lado, construir reflexiones generales partiendo de lo particular; o bien, transferir conocimientos generales al análisis de lo particular. - El trabajar cuestiones palpables, llenas de significado por su vigencia o existencia real y, sobre todo, por su concreción permite a los estudiantes alcanzar un amplio grado de significación conceptual o emotiva en su relación con el tema y el deseo de comprenderlo.

Por último, cualquier tema de los que pueden abordarse en un estudio de caso tiene carácter holográfico. El acercamiento inteligente a una realidad concreta permite ver su dimensión y su profundidad. De una cuestión surgen otras que constituyen su propio fondo estructural, de ahí su tercera dimensión conceptual que supone el carácter holográfico citado.

Los elementos que componen un estudio de caso en la enseñanza de las Ciencias Sociales son de tres tipos: narrativos, interrogativos y relacionales. Estos componentes no tienen por qué aparecer agrupados y en el orden en que se enumeran en la construcción o diseño de un estudio de casos para la docencia.

Estos elementos pueden plantearse entrelazados u ordenados en función del tipo de discurso por el que se opte o por la estrategia metodológica elegida. Cuando se habla de componentes narrativos se hace referencia a los datos que configuran la simple descripción de los hechos o de los fenómenos; los componentes interrogativos son todos aquellos que sirven para configurar el problema que se plantea; por último, los componentes relacionales son los elementos que se aportan y que sirven para situar en el contexto histórico, social o, simplemente, conceptual los demás elementos que aparecen.

SU POTENCIAL ÉTICO- PEDAGÓGICO, se presenta como una alternativa altamente propicia para introducir la problemática ética en el espacio de formación profesional, al mismo tiempo que se revela como una herramienta de intervención ético-pedagógica válida para los aprendizajes morales que deben promoverse en la universidad, por cuento:

- Promueve la motivación ya que hace que los estudiantes se sientan más comprometidos con su aprendizaje.
- Es relevante y en su debido contexto permite responder a la pregunta “¿Por qué debo/necesito/ aprender esto?”.

- Provee un escenario para un aprendizaje autónomo, crítico y creativo al evitar la pregunta
- Promueve la meta cognición y el aprendizaje autorregulado al requerir que los estudiantes generen sus propias estrategias para definir el problema, recolectar información, analizar los datos, construir y comprobar hipótesis.
- Compromete a los estudiantes en el aprendizaje de información de una manera similar a los modos que recuperará y utilizará en situaciones futuras y evalúa el aprendizaje para demostrar la comprensión y no solamente la adquisición.

Por un lado, ofrece un espacio de reflexión deliberativa que incluye necesariamente los conocimientos científicos específicos de las más diversas disciplinas que convergen en el obrar humano, las que inter y transdisciplinariamente contribuyen en una primera aplicación a la reflexión moral, concreta y singular del caso considerado, teniendo presente la participación de modo directo o indirecto de todos los involucrados y todos los afectados por las decisiones que se aconsejen tomar.

En un segundo nivel, obliga a los participantes a considerar las diversas posiciones de intereses, valores y preferencias y la revisión crítica de las normas y su necesaria fundamentación desde el punto de vista ético, para que las acciones recomendadas puedan ser justificadas racionalmente. Al mismo tiempo, la ejercitación con la responsable participación en la toma de decisiones se convierte en una actitud transferible a otras situaciones de la vida que se presenten como conflictivas en términos morales, tanto personal como socialmente.

EL MÉTODO DEL ESTUDIO DE CASO EN LA FORMACIÓN DEL JURISTA.

El método del estudio de casos ha pasado a ser una herramienta esencial en la enseñanza – aprendizaje universitario y el Derecho no es una excepción. Este método permite al estudiante analizar y conocer el Derecho en la forma en la que realmente se presentan, analizan y resuelven los problemas jurídicos a los que se enfrenta un abogado. El método del estudio de casos se ha impuesto como método para enseñar a los estudiantes aspectos sustantivos y formales del derecho y un determinado tipo de técnicas de aplicación del Derecho; a fin de cuentas para enseñarles como razonan los juristas.

El método del estudio de casos facilita la comprensión de conceptos a través de múltiples situaciones problemáticas y funciona en la práctica docente jurídica por una serie de razones:

- Las capacidades se desarrollan estudiando casos reales.
- Los estudiantes aprenden a desarrollar conceptos.

- Los estudiantes asimilan mejor las ideas y conceptos que han puesto en orden y utilizado ellos mismos en el transcurso de su experiencia de resolución de problemas surgidos de la realidad.
- Trabajan e investigan individualmente y en equipo.
- Los estudiantes lo encuentran más interesante.

El método del estudio de casos involucra al estudiante que puede aportar la perspectiva asumiendo diferentes roles en el ejercicio profesional del jurista. El caso permite simular una gran cantidad de tomas de decisión de un modo realista y controlado. Una buena colección de casos y el conocimiento de los mismos por parte del profesor, acumulan gran cantidad de información y de experiencias que el alumno por sí solo tardaría años en adquirir. El método del estudio de casos permite al alumno el conocimiento, análisis y revisión crítica de situaciones reales, generando en él además ideas creativas de simulación y creación de otras posibles formas de resolución del caso, logrando una acumulación de experiencias que pueden ser aplicadas en el futuro a situaciones parecidas.

Una etapa final en la conversión de una serie de casos en “el método del estudio de casos”, consiste en poner en evidencia y aclarar los conceptos subyacentes al orden en el que son presentados. Si se pide al estudiante que adquiera un “saber-hacer” en el ámbito del ejercicio de la profesión mediante este método, tiene el derecho de saber por qué el mismo es particularmente eficaz y también como utilizarlo.

LA TÉCNICA DE LA RESOLUCIÓN DE CASOS PENALES, se considera que un caso, para un jurista, es un conflicto social. Este conflicto puede darse entre dos particulares, como ocurre generalmente en el Derecho Privado y en ocasiones en el Derecho Penal (por ejemplo en las injurias), o entre una persona y la sociedad, ocurre en los delitos del Derecho Penal. Como conflicto social, el caso representa un enfrentamiento entre los intereses que el jurista debe dirimir mediante la aplicación de normas positivas, es decir del orden jurídico estatal. La solución del caso no es la que parezca mejor al que juzga, sino la que disponen las normas legales.

La resolución casos mediante normas adquiere una especial trascendencia en el Derecho Penal, en el que el principio de legalidad impone una estricta observación de la ley escrita. De esta manera toda resolución de un caso debe tener una explicación última en la ley: la solución es correcta si es la solución indicada en la ley.

“El caso es, por otra parte, un trozo de la realidad social. Como tal en el caso se mezclan diversas posibilidades de enfoque: se puede enfocar sociológica, psicológica

o jurídicamente”². Mientras en los análisis sociológicos y psicológicos no es esencial una referencia a las normas, en el análisis jurídico es esencial. La práctica en la resolución de casos no es un formulario o formato preestablecido ni el orden de la exposición de un escrito, sino una serie de cuestiones que se pueden estructurar, por lo menos, en tres campos diversos y que tienen mayor complejidad ³

- los problemas probatorios (de la demostración de los hechos al Tribunal);
- los problemas estrictamente jurídicos (del derecho aplicable); y,
- los problemas estratégicos (de la presentación de los hechos y del derecho más adecuado para convencer al Tribunal.

La práctica de la resolución de casos no se debe realizar tratando de informarse sólo sobre lo que hacen abogados, fiscales o jueces, sino procurando saber “qué deben hacer estos profesionales”. Un buen profesional del derecho es el que puede juzgar “lo que se hace” desde la óptica de “lo que se debe hacer” en la administración de justicia. “Esto no significa que no sea conveniente para el profesional del derecho tener una cierta experiencia respecto a las costumbres que existen en los Tribunales, sólo que con el conocimiento de estas costumbres no se ganan los procesos, aunque sin su conocimiento se los puede perder”⁴

El método del caso – de aplicación desde hace mucho tiempo en EEUU, consiste en el estudio de sentencias o fallos judiciales - de gran importancia por carecer de derecho positivo – tales fallos crean derecho, así en lo sucesivo se aplican los precedentes para la resolución de casos.

Mediante la aplicación del método del estudio de casos se analizan fallos para conocer sus alcances, juzgar si se aplicó correctamente la norma y se interpretaron los hechos y el derecho, si hay otras posibles soluciones, estructurar y fundamentar votos disidentes o votos particulares.

Este método consiste en estudiar los hechos, proponer estrategias de solución y elaborar proyectos de resolución.

CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DE LOS CASOS. La tipología de estudios de casos en la didáctica puede hacerse desde diversos criterios de clasificación. Probablemente ningún estudio de caso pertenezca a uno sólo de ellos, por lo que la clasificación, si se hiciese debería aclarar desde que criterio de clasificación se sitúa. Se establecen cinco criterios, sabiendo que podrían elaborarse otros diferentes o que combinaran algunos de los que aquí se presentan.

2 BACIGALUPO, Enrique. La Técnica de resolución de casos penales. 2º Edición corregida y aumentada. Editorial Colex. Madrid 1.995. Pág. 20

3 IBIDEM

4 IBIDEM

La propuesta de clasificación se realiza desde los cinco criterios siguientes:

- en función de la realidad tratada;
- en función de su lugar en el currículum;
- en función de la actividad requerida;
- en función de su orientación metodológica; y, por último,
- en función de los recursos empleados. Vemos algunas posibles tipologías dentro de cada uno de estos criterios:

1. En función de la realidad tratada pueden ser verdaderos y simulados. Aunque en general los estudios de casos se suelen construir sobre una realidad histórica o actual existente, por lo que lo estudiado puede ser considerado como un caso real y verdadero, también es posible elaborar casos simulados. En este caso la construcción de caso se hará sobre elementos reales pero situados en un caso virtual.

2. En función de su lugar en el currículum: aislados o integrados. Los aislados son aquellos que se programan en el currículum escolar como estrategia para establecer un corte que rompa la posible monotonía que se produce cuando se establece una dinámica de la clase convencional. En el caso del estudio integrado se trata de considerar el estudio de caso como una unidad más, secuenciada coherentemente en el conjunto de la programación y que cumple los objetivos de aprendizaje previstos. Es posible, aunque muy difícil, componer un diseño curricular basado casi exclusivamente en estudios de casos.

3. En función de la actividad requerida es posible plantear casos cerrados y casos abiertos. En la primera posibilidad el estudio contiene todos los elementos para su resolución y, generalmente, dirige al estudiante hacia un conocimiento delimitado. En la segunda posibilidad, el estudio de caso está abierto a nuevos datos, posibles indagaciones y es susceptible de incorporar nuevas problemáticas o enfoques. En los casos abiertos se pretende más que el alumnado compruebe la complejidad de la realidad social que obtenga certezas o resultados acabados.

4. En función de su orientación metodológica, pueden clasificarse en: expositivo, utilizando la técnica de rol, o planteándolos como un juego de simulación. Cuando se habla de expositivos no significa sólo que la información sea planteada mediante una exposición magistral por el profesor, sino todo aquel en el que la información que se ofrece vaya organizada en forma de dossier o repertorio documental, sin introducir ningún tipo de implicación del alumnado haciéndoles jugar un rol empáticamente y racionalmente en el problema planteado. Los juegos de simulación, que en parte, utilizan en ocasiones la técnica de rol, implican la introducción de un planteamiento lúdico, competitivo o no, que suele ofrecer muchas posibilidades de motivación.

5. En función de los recursos empleados se pueden clasificar en: los que basan transmisión de la información a través de documentación escrita e/o iconográfica, en los que predomina un tratamiento de la información por medios audiovisuales, y los que utilizan el soporte informático, a través de aplicaciones multimedia.

La anterior clasificación es importante cuando se piensa en la implementación del estudio de casos como método que desarrolla habilidades investigativas en el proceso de formación del jurista, por cuanto se contrapone al método tradicional. En efecto, en **LA ENSEÑANZA TRADICIONAL DEL DERECHO**, el método generalmente utilizado por el profesor se centra en la fórmula expositiva en la que el profesor arriba al aula de la facultad, y tras pasar la lista de asistencia, a veces personalmente, y en otras utilizando el servicio de alguno de sus alumnos, vierte en ellos su sapiencia. En esta concepción tradicional, como regla, el estudiante ignora como obtuvo su profesor los conocimientos que ahora les comunica; también ignora si otros docentes poseen conocimientos sobre los mismos tópicos que puedan ser contrarios a los de su profesor y, las más de las veces, los conceptos que le son transmitidos por el profesor no los llega a interiorizar sino mucho tiempo después de haber salido de las aulas universitarias, y ya cuando está enfrentado a su práctica profesional. En otras palabras, bajo la concepción tradicionalista de la enseñanza del Derecho, los profesores enseñan a aprehender y a saber, más no enseñan a conocer, aprender, a desarrollar, a investigar, a saber hacer, a crear Derecho.

En este orden de ideas, debe reconocerse que en la enseñanza tradicional del Derecho, los profesores se han limitado a observar los problemas jurídicos desde la perspectiva del razonamiento deductivo; así, la visión que presentan a sus alumnos es consistente con la visión iuspositivista del Derecho, entendida ésta, como un sistema de conceptos en el que es posible encontrar la solución a todos los problemas de carácter jurídico; de esta manera, todo conflicto jurídico se soluciona en el momento mismo en el que se encuentra la naturaleza jurídica correcta aplicable al caso, lo que se traduce en que, para tal propósito, no se requiere la búsqueda de una solución nueva, sino ajustar los hechos a un tipo legal preestablecido. Así, el abogado, más que un creador de conceptos, es un descubridor y aplicador de conceptos existentes en el derecho positivo.

Desde esta perspectiva, se forma en el estudiante la idea de que no hay mucho que crear en el Derecho, en tanto que todo él está dado por las naturalezas jurídicas que lo conforman. Esta idea de existencia plena y unidad del Derecho choca frontalmente con la idea de la existencia de otros diversos sistemas jurídicos enfrentados para lograr legitimidad; y de la misma manera, chocan con las capacidades del abogado, de crear nuevas fórmulas y regímenes jurídicos, distintos del que le es informado y en el que ha sido formado. En conclusión, la enseñanza tradicional lleva

a la eliminación en los estudiantes de la idea de diversidad de sistemas jurídicos y del desarrollo y evolución permanente del Derecho.

Valdría la pena preguntarse a la luz de este tipo de enseñanza: ¿Cómo pensará y enfrentará este abogado, formado bajo los lineamientos de la enseñanza tradicional aquellas situaciones o problemas que se le plantean y que salen de su saber rutinario? Una respuesta cierta es que se verá incapacitado para enfrentar con éxito una situación para la cual no tiene a mano una norma de derecho, o un concepto que pueda adecuar a tal situación o problema, y estará en riesgo de enfrentar un fracaso; será incapaz de conceptualizarlo adecuada y suficientemente, ya que en todo caso, encontrará en los conceptos aprehendidos tan solo un sentido instrumental, más no axiológico. Ello por que la formación profesional que logró no le permite, o al menos le dificulta, encontrar o crear nuevas ideas de solución.

Como se ha dejado anotado, bajo los esquemas de la concepción tradicional del Derecho, resulta claro que su enseñanza tiene como eje central el conocimiento y dominio de los conceptos jurídicos; de ahí que al graduarse de la facultad de Derecho, el nuevo abogado se percate del marcado divorcio que existe entre lo que le fue enseñado y lo que enfrenta en su práctica profesional.

La enseñanza teórica divorciada de la práctica, genera falencias en los estudiantes, por cuanto:

- No se aporta a los alumnos una visión completa del sistema jurídico que incluya el conjunto de su estructura, cultura y valores.
- No se reconoce suficientemente la importancia de la creación y la aplicación del Derecho por parte de los prácticos del Derecho
- No se potencia el desarrollo de las capacidades y habilidades intelectuales necesarios para realizar dichas actividades
- No se fomenta en los estudiantes la facultad de aprender derecho por ellos mismos
- No se privilegia un aprendizaje significativo
- No se inculca en los alumnos una gran confianza en sus conocimientos y en sus capacidades intelectuales

Está claro que para enseñar el derecho, habrá que compatibilizar el propio objeto de conocimiento, -lo jurídico en sí- con las herramientas metodológicas y componentes técnicos que constituyen la situación didáctica concreta, que brinda la ciencia: de la educación.

Los atributos que se logran con una enseñanza de calidad y participativa a diferencia de la enseñanza tradicional del derecho, son.

- Habilidades analíticas separar lo apropiado de lo inapropiado, descomponer un asunto complejo en elecciones manejables, analizar un problema desde varias percepciones diferentes
- Sólidos conocimiento de lo jurídico, tener un conocimiento general del derecho para ubicar el problema de su cliente en el mapa y así resolver el problema
- Habilidades básicas de trabajo, saber acopiar información y tener un hábil uso de la comunicación. Saber: Cómo escribir, Cómo usar una biblioteca, Cómo escuchar, Cómo hacer un borrador, Cómo interrogar, Cómo averiguar lo que necesita saber, Cómo estructurar una defensa.
- Familiaridad con el ambiente institucional. No basta con conocer el problema y saber el derecho aplicable, hay que saber tratar a la gente, negociar, enfrentar al tribunal, no alterarse, no evadir los formalismos de los tribunales y otras instituciones jurídicas
- Tener conciencia del ambiente extrajurídico, es necesario conocer el ambiente del problema, en que momento acudir a disciplinas auxiliares, ya que el proceso legal, es parte de un amplio proceso social.
- Buen criterio, que emerge de la formación integral del jurista, esta relacionado con el saber ser; con su propia dignidad, su profesionalidad y competencia en general.

Sin embargo con frecuencia se encuentran graduados de Derecho que carecen de algunos de estos atributos, pues el sistema tradicional de enseñanza no logra complementar la teoría con la vida.

Analizadas las características de la enseñanza tradicional del Derecho, corresponde revisar como se forman las **HABILIDADES INVESTIGATIVAS EN LA U.A.G.R.M.** A este respecto se encuentra que en la Facultad de Derecho de la U.A.G.R.M., sobreviven rasgos de un sistema de enseñanza que ha agotado parte importante de lo que podía dar; a pesar de lo cual se mantiene relativamente vigente, debido a la falta de búsqueda e introducción de métodos y técnicas metodológicas que contribuyan a una formación más integral del graduado que responda a los requerimientos de la época en que se vive.

La gran mayoría de los profesores no son de jornada completa, ni siquiera de media jornada. Se trata de abogados o jueces - es decir, juristas prácticos u "operadores del derecho" - que, por añadidura ejercen la docencia. Este rasgo puede ser una limitante o una ventaja, en dependencia de la atención o prioridad que los éstos presten a la docencia.

La circunstancia descrita determina que la actividad docente investigativa esté fuertemente condicionada por la visión profesional del profesor, encontrando

entonces enormes dificultades para operar una ruptura epistemológica entre la lógica de su profesión y la lógica de la enseñanza o de la investigación científica.

De lo anterior se deriva un escaso interés en la elaboración teórica, lo que lleva a los docentes a seguir un modelo de investigación individualista, que dificulta la conformación de una verdadera comunidad académica, que resulta crucial para el desarrollo de cualquier actividad de investigación y del fomento de habilidades investigativas en los estudiantes.

Por otra parte los docentes lejos de utilizar sus experiencias en la práctica del Derecho, se limitan en la mayoría de los casos a reproducir los mismos contenidos y solo se relacionan con los estudiantes en las clases y, posteriormente, en los exámenes, cuando ya es tarde para remediar y suplir la falencia.

Las clases están dirigidas a transmitir conocimientos, no así habilidades que el docente ha adquirido en la práctica profesional, lo que hace que prepare y lleve a los alumnos un material condensado y estructurado por él en el que no se incluyen habilidades para que el alumno por sí mismo realice actividades similares en otros temas, resultando de ello que la formación de habilidades investigativas es escasa.

Los programas son demasiado ambiciosos y extensos, lo que trae como resultado una visión enciclopédica, que no se condice con la profundización de las principales instituciones del Derecho. La enseñanza es más informativa que formativa, para poder cumplir con el requerimiento de traspasar la mayor cantidad de conocimientos posibles en el menor tiempo, en consecuencia, se informa pero no se forma.

De otro lado, normalmente, se enseñan sólo las normas, olvidando la importancia que reviste tanto el aspecto fáctico como el valórico, con las consecuencias que el alumno se recibe de abogado sin haberse acostumbrado a reconocer la razón por la cual existe cada institución y los principios éticos que la conforman.

Un gran número de estudiantes de pre grado y del postgrado vencen las materias de su plan de estudio pero no logran titularse, pues para esto requieren escribir una tesis o informe de investigación y no están preparados para eso, porque no han desarrollado las habilidades investigativas.

Si bien es cierto que muy acertadamente se ha incluido en los planes de estudio la asignatura Metodología de la Investigación, y ella de una u otra manera contribuye a la formación de habilidades investigativas en los estudiantes, que son necesarias para poder realizar un proceso investigativo lógicamente estructurado y que cumpla con las normas vigentes, que dicho sea de paso son muchas, tampoco soluciona el problema, pues la formación y desarrollo de las habilidades investigativas va mas allá,

ya que ésta es responsabilidad de todos los profesores, máxime en la enseñanza del derecho, pues todo verdadero jurista debe ser un buen investigador:

Por otra parte no se tienen claras las habilidades investigativas que se deben formar en el estudiante, pues para llegar a formular problemas, hipótesis, definir objetivos, proponer vías de solución, etc, se necesita de habilidades que irán configurando unas estructuras mentales lógicas, hipotética-deductivas, críticas, que irán determinando el juicio y el criterio del investigador.

Si el jurista no sabe interpretar la realidad, no puede determinar donde está el problema; si no sabe argumentar no tiene criterio y por lo tanto no puede lograr los resultados que espera; si no es capaz de hacer una valoración contextualizada y que responda a los ideales de justicia, no podrá ser nunca un buen jurista.

Lo anterior justifica el hecho de que en no pocas ocasiones no se presta atención al contenido, y se evalúe un trabajo de investigación solo por su estructura y diseño. Esto no quiere decir que no sea importante, pero se puede producir un vacío de contenido tanto conceptual, procedimental y valórico en los estudiantes.

En el Plan Estratégico de la U.A.G.R.M. del año 1.998 se hizo notar falencias, algunas de las cuales todavía persisten como limitantes en la formación de habilidades investigativas en los estudiantes de Derecho, tales como:

- “No existe un modelo curricular estructurado, en atención a las necesidades regionales, los planes de Estudio son simplemente un listado de materias”.
- Existen rezagos en los planes de estudio, es decir que estos no responden a las exigencias actuales de la sociedad.
- Los programas analíticos de las asignaturas no están actualizados de acuerdo a los avances científicos y tecnológicos del conocimiento
- Ausencia de mecanismos de enlace entre docencia e investigación.
- Los planes de estudio no contemplan actividades complementarias como prácticas profesionales, ayudantías en investigación y extensión, Docencia, programas culturales y científicos.”.
- La carga horaria semanal promedio de los estudiantes es de aproximadamente 33 horas, lo cual es excesiva, admitiéndose que un estudiante requiere dos horas promedio de estudio y peor todavía si este trabaja.
- Ausencia de mecanismos y políticas institucionales que aseguren la evaluación y calidad de los programas. Métodos de enseñanza centrados en el docente que pone énfasis en el manejo memorístico de la información y falta de pensamiento autónomo y crítico por parte del alumno.
- No existe coordinación entre los docentes de las asignaturas del mismo nivel, ni de la misma área.

- Existe un gran número de estudiantes en los grupos, en algunos casos más de 100 estudiantes en cada grupo, lo que impide un trabajo personalizado y limita el uso de técnicas participativas por parte de los profesores.

Cuando se afirman que aún persisten rasgos que limitan la formación de habilidades en los estudiantes, se fundamenta en la investigación realizada que uno de los métodos que podrían contribuir a reforzar las habilidades lo constituye el método del estudio de casos, poco generalizado pero ya conocido en el claustro de profesores, aspecto que se refleja en el resultado de la encuesta realizada.

Con la finalidad de contribuir a la formación y desarrollo de habilidades investigativas en los estudiantes y, considerando el papel rector que desempeñan los docentes en el proceso de enseñanza-aprendizaje, se elaboró una estrategia metodológica para la utilización del método del estudio de casos en la enseñanza del Derecho, el mismo que en esencia pretende lograr la motivación y el compromiso docente en la búsqueda de la excelencia académica.

La propuesta contiene pasos y fases para su implementación, que sólo es posible logrando una decisión política de las autoridades universitarias y un compromiso docente a fin de generar un espacio de análisis y debate científico.

La **ESTRATEGIA METODOLÓGICA PARA LA UTILIZACIÓN DEL MÉTODO DE CASOS** presupone que la enseñanza-aprendizaje constituye un proceso de interacción alumno-profesor; por lo que para el éxito en la aplicación de la propuesta, es determinante que el claustro de docentes de la Facultad, se identifique con el Método de Estudio de Casos, como un método factible a aplicar en la resolución de problemas reales del amplio contexto jurídico.

Por tanto, el docente debe fomentar la formación interdisciplinaria aplicada al mundo del Derecho, de tal modo que el estudiante aprenda a utilizar las herramientas analíticas de otras disciplinas sociales para elaborar e instrumentar soluciones jurídicas, que además estimulen activa y sistemáticamente el sentido ético y de responsabilidad social que debe caracterizar al ejercicio de la abogacía.

Como se ha señalado, en la formación del jurista, se ha dado más énfasis a la forma expositiva, básicamente haciendo exégesis de la ley, aún la fuente más importante del Derecho.

La enseñanza con casos hace el aprendizaje más interactivo, desarrolla habilidades argumentativas y orales y se integran distintos contenidos. Consiste en comentar, criticar y fundamentar fallos judiciales concretos.

En contraposición a la forma expositiva, el método del estudio de casos representa una innovación en la enseñanza de la ciencia jurídica además de la utilización de la moderna tecnología de la información, por lo que es de común utilización en la ciencia económica y en el derecho del common law. En Bolivia la enseñanza con casos no está sistematizada pero es utilizada por algunos docentes por iniciativa propia, por lo que se considera que su aplicación es posible en la gran mayoría de las asignaturas, incluso en materias como Filosofía Jurídica.

Si bien la enseñanza con casos presenta dificultades - ubicación de los casos -, la búsqueda de casos relevantes se ve facilitada por la existencia de bases de datos jurídicos, pero su utilización en el medio nacional es incipiente, pese a encontrarse al acceso del profesor y del estudiante.

Por ser interactivo, el método del estudio de casos resulta más dinámico y ameno, contribuye a incrementar la capacidad analítica del estudiante y le permite desarrollar habilidades y destrezas, estimulando el autoaprendizaje y el aprendizaje colaborativo.

Docente y estudiante comparten el rol protagónico en el proceso de enseñanza-aprendizaje estimulando el autoaprendizaje y el aprendizaje colaborativo. El material previamente seleccionado y elaborado se entrega con anticipación y el alumno se encuentra preparado para realizar una clase activa, donde el profesor es sólo el director del debate. Esto presenta una gran innovación por la existencia de tecnología de la información aplicable al nuevo método (bases de datos e información dispersa en Internet). Dentro de la discusión, fuera de las posiciones en conflicto y la decisión del juez pueden plantearse otras alternativas. Todo lo anterior tiende a lograr el perfil del graduado que la nueva realidad requiere.

Los casos judiciales pueden utilizarse en la enseñanza del derecho de varias maneras, entre ellas:

- Presentar el caso (los hechos y el derecho aplicado) y determinar con el alumnado qué temas o aspectos surgen del caso planteado.
- Argumentar en favor de las partes en conflicto y luego revelar los argumentos de las partes reales y el fallo.
- Analizar un fallo de primera instancia, criticarlo y argumentar una posible apelación, impugnación o un fallo revocatorio.

El método de estudio de casos estimula la consolidación y desarrollo de estas habilidades investigativas en el estudiante, a saber:

- Estructura mental: autoaprendizaje, de la memorización al razonamiento jurídico; en general, se ha tratado de enseñar exegéticamente y con poco énfasis en la estructura general del ordenamiento jurídico boliviano. La enseñanza con casos logra este objetivo y amalgama los grandes temas filosóficos y las necesidades sociales con los conceptos básicos del derecho desde una perspectiva real y concreta. Al originar una discusión a partir de hechos reales se permite la expresión de distintas formas de enfocar un problema jurídico, incluso más allá de las posiciones en conflicto y el resultado final, permite además que el alumno se conozca a si mismos, a sus compañeros y evalúe sus puntos de vista respecto a determinadas temáticas, El método de casos tiende a solucionar un problema práctico, verdadero fin del Derecho, más que a transmitir puro conocimiento.
- Velocidad mental: la enseñanza de precedentes no sólo es la concreción de normas abstractas en casos particulares, no se trata de enseñar de la misma manera en que se ha hecho y ejemplificar con fallos, la enseñanza con casos es mucho más que eso. Esta modalidad implica análisis, argumentación, fundamentación, justificación, síntesis y crítica. La discusión mejora la capacidad de razonar, argumentar y debatir en público y con oponentes en el ejercicio de la profesión.
- Capacidad de expresión oral y precisión en el lenguaje: El debate de fallos reales logrará una mejor expresión oral y un uso más preciso del lenguaje. El mejoramiento en estas habilidades traerá un mejor resultado en los exámenes, en su gran mayoría orales.
- Amplitud de conocimientos. El estudio de precedentes judiciales importantes amplía el espectro de conocimientos ya que se analiza el derecho en su dimensión real y total. En muchos casos se refleja, además del sistema jurídico, el aspecto valorativo (relacionados con la moral social o con la libertad de conciencia) o filosófico (la libertad o la justicia).

En ese sentido se puede decir que el método de enseñanza-aprendizaje mediante el estudio de casos, permite ejercer una docencia integral, interdisciplinar y significativa de los conocimientos del Derecho.

La docencia interdisciplinar emerge de la necesidad de abordar con gran detenimiento y profundidad los temas de los valores jurídicos y las técnicas jurídicas, lo que conducirá a la necesidad de introducir en la docencia conocimientos que no siempre son aportados por la dogmática jurídica. La docencia significativa de los conocimientos posibilitará que los alumnos integren en forma coherente y racional lo que se les enseña con lo que ya saben, recordarán por un período mucho más prolongado de tiempo lo aprendido de forma significativa que lo aprendido de

forma memorística, ya que en el aprendizaje significativo los nuevos conocimientos se interrelacionan de forma consistente con los que ya poseen, de esta manera comprobarán cómo incide lo que se les enseña en su modo de entender y manipular la realidad, aumentando su motivación para continuar aprendiendo.

El perfeccionamiento del proceso de enseñanza aprendizaje del derecho, condiciona la necesidad de una estrategia metodológica para la formación de habilidades investigativas lo que implica la consideración de un conjunto de elementos socio-educativos que confluyan en la conformación de una estructura organizativa planificada desde el punto de vista curricular que va desde la selección de los casos para su utilización como contenidos educativos a nivel de aula, hasta la propuesta de solución de los mismos, convirtiendo el método de estudio de casos en el principal método didáctico en la enseñanza del derecho en la UAGRM .

La propuesta de la estrategia metodológica, se concibe como una actitud innovadora en donde se combina de forma armónica el componente curricular pedagógico-didáctico con los casos reales de la practica jurídica boliviana, los cuales, funcionando armónicamente darán como resultado la propuesta de la estrategia para la formación y desarrollo de habilidades investigativa, cuyos momentos de desarrollo metodológico se concentran en la planificación, la ejecución, el control y la evaluación.

Entre los diferentes métodos que pueden utilizarse en la formación de habilidades en el jurista, se destaca el método del estudio de casos, objeto de esta investigación, cuyas condiciones y factibilidad de implementación se detallan a continuación:

LA UTILIZACIÓN DEL MÉTODO DEL ESTUDIO DE CASOS COMO MEDIO DE FORMACION DE HABILIDADES INVESTIGATIVAS.

Es oportuna la implementación del método del estudio de casos porque la Facultad de Derecho se encuentra en fase de acreditación, revisando para modificar y actualizar su malla curricular y existe en toda la universidad una corriente de cambio y búsqueda de excelencia.

Es conveniente la aplicación del método del estudio de casos porque permitirá cualificar mejor a los estudiantes y eso irá en beneficio de éstos, de la facultad, de la universidad y de su entorno.

Tiene relevancia social porque el Derecho es una carrera eminentemente social y de servicio a la comunidad y al encontrarse mejor formado el abogado para la identificación y resolución de problemas podrá prestar mejores servicios a la sociedad.

El impacto de la aplicación del método del estudio de casos en la formación de los estudiantes se estima será altamente positivo, beneficioso y bien recibido por los estudiantes y docentes.

Es posible la implementación del método del estudio de casos por cuanto se cuenta con el material humano capacitado y se tiene acceso a fallos judiciales por la vía del Internet, revisión de expedientes, material bibliográfico y otros.

Es viable por cuanto su aplicación en otros contextos data de muchos años atrás y no ha perdido vigencia, sino que más bien en otras latitudes como la nuestra se busca su implementación.

Es factible porque las circunstancias lo permiten, se cuenta con el material humano indispensable, docentes y alumnos, además se cuenta con la colaboración del Decano y Vice Decano y demás autoridades facultativas que se encuentran en la búsqueda constante de la excelencia y superación de los educandos.

Esta investigación es importante a su vez, pues da respuesta a los objetivos del Proceso de modernización académica de la U.A.G.R.M, que comprende cuatro elementos relacionados con la educación.

1. La forma cómo aprenden los estudiantes;
2. La manera de enseñar de los profesores,
3. La estructura de los conocimientos que conforman el currículo y;
4. El modo en que éste se produce con relación a las necesidades de la sociedad

El docente debe fomentar la formación interdisciplinaria aplicada al mundo del Derecho, de tal modo que el estudiante aprenda a utilizar las herramientas analíticas de otras disciplinas sociales para elaborar e instrumentar soluciones jurídicas. Se requiere de una formación que estimule activa y sistemáticamente el sentido ético y de responsabilidad social que debe caracterizar al ejercicio de la abogacía.

El Derecho, hasta ahora se ha enseñado mayormente en forma expositiva, básicamente haciendo exégesis de la ley, aún la fuente del derecho más importante. La enseñanza con casos hace el aprendizaje más interactivo, desarrolla habilidades argumentativas y orales y se integran distintos contenidos. Consiste en comentar, criticar y fundamentar fallos judiciales concretos. Este mismo texto aparece antes pero parece que aquí es su lugar adecuado.

En ese sentido se puede decir que el método de enseñanza-aprendizaje mediante el estudio de casos permite ejercer una docencia integral, interdisciplinar y significativa de los conocimientos del Derecho⁵.

La docencia interdisciplinar emerge de la necesidad de abordar con gran detenimiento y profundidad los temas de los valores jurídicos y las técnicas jurídicas, lo que conducirá a la necesidad de introducir en la docencia conocimientos que no siempre son aportados por la dogmática jurídica. La docencia significativa de los conocimientos posibilitará que los estudiantes integren en forma coherente y racional lo que se les enseña con lo que ya saben, recordarán por un período mucho más prolongado de tiempo lo aprendido de forma significativa que lo aprendido de forma memorística, ya que en el aprendizaje significativo los nuevos conocimientos se interrelacionan de forma consistente con los que ya poseen, de esta manera comprobarán cómo incide lo que se les enseña en su modo de entender y manipular la realidad, aumentando su motivación para continuar aprendiendo.

FACTIBILIDAD DE LA PROPUESTA Y CONDICIONES QUE FAVORECEN SU INTRODUCCIÓN.

Existen diversos elementos que justifican y hacen factible la realización de un modelo estratégico basado en el estudio de casos, como método de enseñanza en la formación del estudiante de derecho.

Las insuficiencias detectadas a través de la encuesta en el proceso de enseñanza aprendizaje del Derecho, evidencia que es oportuno proponer la incorporación del método del estudio de casos, como parte integrante del proceso continuo de perfeccionamiento de los planes de estudio de la carrera. Es posible incorporar la propuesta a los programas de estudio, dado que la Facultad cuenta con un claustro de docentes calificados, actualizados y con experiencia laboral que contribuirán con sus conocimientos al desarrollo de habilidades investigativas en los estudiantes.

Es conveniente la incorporación de este y otros métodos participativos de vinculación teoría-práctica que facilitan al estudiante un conocimiento anticipado de la realidad que enfrentarán en el ejercicio profesional.

A continuación se analizan las diferentes dimensiones que hacen factible la implementación de la propuesta:

Para dimensionar la **FACTIBILIDAD PEDAGÓGICA** es necesario comprender las particularidades de la formación y el desarrollo de las habilidades investigativas y sus relaciones en el proceso docente-educativo. Integrar las habilidades investigativas

5 PEÑUELAS I REIXACH, Lluís, **La docencia y el aprendizaje del Derecho en España**, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2ª Edición, Madrid, 1997, pp. 63

al aprendizaje de manera intencionada y consciente significa no sólo pensar en el contenido como conocimientos y habilidades, sino en la relación que ellos poseen con lo investigativo. El conocimiento posee un contenido y un significado en la realidad, el que debe saberse interpretar y comprender adecuadamente a través de la cultura y por lo tanto del conocimiento científico y cotidiano, así el aprendizaje de un conocimiento jurídico o profesional debe ser tratado en todas sus dimensiones: técnica, ética, estética y política, etc., es decir subrayando la intencionalidad hacia la sociedad donde se exprese la relación ciencia - sociedad, y estén presentes los análisis cualitativos, los enfoques de procesos y la motivación

Visto así el proceso de enseñanza-aprendizaje adquiere un nuevo contenido por su carácter integral. La reflexión del profesor sobre el valor investigativo de las acciones en el proceso, significa de igual modo intencionar y valorar el método de aprendizaje, no como simple procedimiento, sino pensar en la comunicación, las relaciones interpersonales, es analizar el componente sociohumanista del Derecho y de cómo hacerlo, lo que representa brindar un enfoque integral, holístico, complejo y dialéctico al aprendizaje, es reconocer que no existen “dos culturas” separadas, sino reflexionar sobre la totalidad de ésta, en su historia, en sus contradicciones, en su actualidad, en sus métodos, en sus consecuencias e impactos y, por supuesto en su ética.

Los caminos y las vías no pueden justificar los fines, es evidente que un buen uso del diálogo, de los métodos participativos, son condiciones necesarias para una adecuada labor de formación de habilidades investigativas, pero también son condiciones, la precisión en el diseño curricular de las intenciones a través del análisis del contenido, los objetivos propuestos, etc., es decir, tener claro los fines que se proyectan en lo investigativo y, diseñar la realización del proceso de formación.

La formación para la investigación tiene su propia significación y lógica y, de lo que se trata es de incorporarla como parte del sistema educativo, no separarla de la realidad a que se enfrenta el estudiante como aprendizaje, y en este sentido, el profesor debe prepararse y dirigir el proceso en esa dirección, intención que no depende de la casualidad ni de los criterios particulares de éste, sino de todo el proceso de formación, y de la necesidad que lleva implícita como exigencia de la sociedad.

La educación para la investigación es un proceso sistémico, intencional e integrado que garantiza la formación y el desarrollo de la personalidad consciente a través del redimensionamiento de lo investigativo en el proceso de formación profesional

El método de estudio de casos actúa como facilitador de la comunicación y de la educación emocional, entendida esta como “la habilidad que implica la comprensión de nuestras emociones y de las de los demás y de cómo se las puede expresar mejor para lograr el desarrollo personal”⁶. El método no sólo contribuye a la formación de habilidades a través del contenido, sino que, al permitir la actividad, la relación interpersonal hace coherente el comportamiento mediante diferentes técnicas que el profesor debe conocer y utilizar en dependencia de los objetivos a alcanzar y de las características del grupo.

El sujeto del aprendizaje coincide con el sujeto de la valoración, pues ambos procesos coexisten en un proceso de reproducción ideal de la realidad. En el contenido (conocimiento, habilidad y actitud) se expresa en esa realidad, la que en sí misma posee un significado social y humano y por supuesto el profesor debe conocer, planificar, seleccionar y enseñar en el proceso, desarrollando la capacidad de valoración para que el estudiante se apropie de lo mejor de su cultura. Es importante que el profesor haga explícito en el proceso al estudiante las habilidades investigativas que se logran con cada contenido.

LA FACTIBILIDAD TÉCNICA se enmarca en el campo de la didáctica como ciencia que facilita la elaboración de un diseño de fácil comprensión y aplicación en el proceso docente educativo. Para el desarrollo de la estrategia existen los elementos didácticos acordes con los objetivos que se persiguen: Docentes con ricas experiencias y vivencias profesionales, casos reales que pueden ser utilizados en la práctica pedagógica y estrategias.

La **FACTIBILIDAD INSTITUCIONAL** se refiere a que este trabajo está en la línea del campo investigativo, que es una de las funciones de la universidad que es la investigación. Además, el trabajo se relaciona con una de las necesidades apremiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma Rene Gabriel Moreno, que es precisamente la formación de habilidades investigativas en los estudiantes de Derecho, y en la necesidad que demanda la sociedad de que el aprendizaje sea un proceso activo, y donde se ofrezca a los estudiantes elementos para la reflexión y condiciones para el entrenamiento de resolución de problemas.

Respecto a la **FACTIBILIDAD ECONÓMICA** se tiene que su implementación y desarrollo no representará costo alguno para la universidad ya que sólo se necesitará concienciar a los docentes a fin de que asuman su responsabilidad en la formación investigativa de los futuros profesionales del derecho.

La **FACTIBILIDAD DE CARÁCTER SOCIAL** se aprecia en que tanto organismos nacionales como internacionales ratifican el estado de decadencia

6 Steiner, C. (1998). Educación emocional. Javier Vergara Editor. Buenos Aires, Pag. 28.

moral que aqueja a la humanidad, por ello no hay mejor momento histórico que el presente para iniciar un proceso que enseñe al futuro jurista a enfrentar los problemas que aquejan a la sociedad de forma crítica y constructiva, y que además estén preparados para enriquecer la ciencia jurídica, ubicándolos en el lugar vital que les corresponde. Con esta propuesta y su futura implementación se elevará la calidad de los graduados de la Universidad y la sociedad podrá contar con mejores y más competentes juristas.

Por lo expuesto, se concluye que el modelo de una estrategia didáctica para el desarrollo de habilidades investigativas en los estudiantes de Derecho de la U.A.G.R.M. es factible desde todo punto de vista.

DESCRIPCIÓN DE LA ESTRATEGIA METODOLÓGICA PARA LA FORMACIÓN DE HABILIDADES INVESTIGATIVAS.

La Estrategia es un concepto que tiene su origen el campo de las teorías del arte de la guerra, muy difundido su uso en la Teoría de la Dirección y se refiere a un conjunto de acciones que se van a desarrollar para llegar a un objetivo específico.

Se asume por estrategia, a la selección de la mejor combinación lógica de pasos, que integran actores, factores y acciones para lograr un objetivo concreto en un determinado contexto.

Para la ejecución de la presente propuesta se consideran diversos pasos, teniendo en cuenta que toda metodología es una secuencia lógica de pasos que condicionan el éxito de todo el proceso y en este paso el proceso de formación de las habilidades investigativas mediante el método del estudio de casos. Cabe destacar que la estrategia que se propone incluye momentos de planificación, ejecución y evaluación del proceso, que si bien no ha sido necesario describir en esta investigación están presente en el contenido de cada uno de los pasos de esta estrategia metodológica.

PRIMER PASO: Definir para la carrera el sistema de habilidades investigativas a desarrollar según la concepción de la profesión.

Al asumir el hacer como la manera de formar a los hombres, la relación sociedad-profesión se torna núcleo central para la selección y estructuración del sistema de habilidades investigativas que deben expresarse no sólo en la actividad académica, sino en la de investigación y la práctica profesional.

Es necesario explicitar de la manera más racional posible las habilidades investigativas en el currículo, ya que si la educación tiene como uno de los fines la integración de los estudiantes a la cultura de un grupo social, esta se configura

por conceptos y habilidades. Teniendo en cuenta las características del Derecho como profesión, las habilidades investigativas determinan los modos de actuación profesional, ya que las habilidades no son "observables" directamente, es necesario inferirlas a través de los desempeños. Se visualizan, actualizan y desarrollan a través de desempeños o realizaciones en los distintos campos de la acción.

Es muy importante que se reelaboren los objetivos relacionados con el desarrollo de las habilidades investigativas en el modelo del profesional, ya que estos son la "carta magna" de que se dota para que sirva como referente fundamental para definir las estrategias didácticas en este sentido y poder seleccionar los casos.

La reelaboración de los objetivos hace referencia a dos procesos básicos e independientes: Por una parte, a la acomodación de las finalidades relacionadas con las habilidades investigativas establecidas con carácter general a un contexto determinado: la contextualización; y por otra, a la concreción de éstas en los planes y programas: la adecuación. Ambas tareas han de conducir a llegar a acuerdos sobre los criterios, así como a tomar decisiones que han de guiar el método de estudios de casos.

Un momento importante es la definición de cada habilidad investigativa, puesto que para poder incidir en ellas, una definición clara de éstas es la primera orientación que se brinda para trabajar en los diferentes momentos curriculares.

Es importante que se tenga en cuenta que las habilidades investigativas que se deben desarrollar en los estudiantes de derecho cobran sentido en tres habilidades básicas de tipo interpretativo, argumentativo y propositivo.

La interpretación jurídica: Comprende acciones orientadas a encontrar el sentido y significado de los conceptos, proposiciones, o problemas, asimismo, postulados y planteamientos teóricos. Este nivel se detiene a reflexionar sobre el qué, el cómo, el cuándo de una práctica. Para lograrlo se deben potenciar procesos cognitivos tales como: identificar; representar mentalmente, transformar; comparar; clasificar; codificar; descodificar; entre otros.

La argumentación jurídica: involucra todas aquellas acciones que tienen como fin dar razón de una afirmación y se expresa en el porqué y el para qué de un planteamiento teórico, en la articulación de conceptos y teorías con el ánimo de justificar una afirmación en las conclusiones y recomendaciones. Para lograrlo se deben potenciar procesos cognitivos tales como: la proyección de relaciones virtuales, el análisis, la síntesis, la inferencia lógica, el razonamiento analógico, el hipotético y el transitivo.

La justificación jurídica: hace referencia a las siguientes acciones: toma de decisiones, juicios de valor ante una situación determinada, creación, generalizaciones teóricas, proposición de alternativas de solución, aplicación del saber en un contexto determinado. Para lograrlo se deben potenciar los procesos cognitivos tales como el pensamiento divergente, el convergente y la evaluación, así como la valoración.

Estas tres habilidades básicas forman una triada dialéctica, donde es imprescindible la interrelación entre ellas y por lo tanto no se pueden presentar de forma aisladas, pues cada una esta contenida en las otras.

SEGUNDO PASO: Capacitación del claustro de profesores.

La utilización del estudio de casos como método didáctico para el desarrollo de habilidades investigativas en la enseñanza del Derecho, tiene que prever la necesaria preparación pedagógica de los profesores con el fin de asumir los retos que implica la introducción de la estrategia didáctica que se propone. Para ello el colectivo de profesores de la carrera debe desarrollar proyectos de capacitación, en aras de alcanzar como colectivo el objetivo del proceso de gestión de la investigación formativa, para lo cual deberán tener en cuenta un conjunto de recomendaciones metodológicas.

La estructura del programa de capacitación debe permitir habilitar a los profesores para desarrollar la aptitud y disposición de ser facilitadores del aprendizaje de sus estudiantes.

Debe proporcionarse al docente todas las herramientas teóricas y metodológicas sobre el método del estudio de casos y sus particularidades en el proceso de enseñanza aprendizaje.

Los cursos y otras formas de capacitación que se ofrezcan deben basarse en la teoría pedagógica y en la metodología de la investigación, pero será necesario despojarlos de los métodos tradicionales de la enseñanza del derecho, tan criticados en la actualidad pero que sigue primando en la practica. La preparación además debe estar dirigida a la enseñanza problémica, ya que cada caso es un problema a investigar y a reconstruir en el aula.

Los cursos se basarán metodológicamente en talleres didácticos investigativos, cuyos resultados permitan al mismo tiempo ejemplificar en la asignatura que imparte e intercambiar experiencias sobre lo que otros docentes experimentan y proponen realizar.

La capacitación pedagógica del docente no solo se debe circunscribir a un programa formal que se ofrezca, sino también reconocer que las distinta formas de trabajo metodológico son parte de esta.

El profesor debe poseer: dominio del área que enseña y dominio de los métodos de enseñanza – aprendizaje.

Para poder formar habilidades investigativas en el estudiante, en el proceso de enseñanza aprendizaje, el profesor debe, además, estar capacitado para:

Enseñar de forma lógica y contextualizada, sin ignorar el debate científico contemporáneo, sabiendo que cualquier práctica científica es también una práctica social.

Ser portador de esa cultura investigativa y por supuesto de las habilidades que de ella se derivan, pues si no es depositario de habilidades investigativas, tampoco puede incidir en su formación.

Suministrar un ambiente afectivo; escuchar a las otras personas con empatía y comprensión, creando un clima adecuado en el aula, en el que los estudiantes puedan expresar sus preferencias y sentimientos.

Tener conocimiento del sistema de habilidades de la carrera y como trabajar con ellas. Ser un agente activo en el diseño curricular:

Saber seleccionar y redactar casos.

Estimular la toma de una posición crítica por parte del estudiante.

Crear las estrategias adecuadas para que el grupo razone y se interroge sobre las diferentes situaciones que se puedan plantear y sobre las diferentes alternativas en la solución del problema jurídico.

Incentivar el espíritu crítico, la creatividad y la innovación en la toma de decisiones.

TERCER PASO: El trabajo en equipo y su importancia en la estrategia metodológica propuesta.

Dentro del sistema de capacitación cobra gran importancia la preparación metodológica. Este método en la enseñanza del Derecho está, en primer lugar, dirigido al desarrollo de habilidades investigativas como la toma de decisiones judiciales, la argumentación, la interpretación y la cultura del debate.

Es necesario señalar que algunos profesores, hacen estudios de casos judiciales en el proceso enseñanza-aprendizaje pero sin aplicar el método del estudio de casos. En el método del estudio de casos se requiere de una metodología bien elaborada de preparación del caso.

En dicho método se entiende el caso como un vehículo por medio del cual se lleva al aula de forma metodológicamente organizada una parte de la realidad para que los alumnos y el profesor examinen a conciencia la situación planteada y desarrollen. A través de la discusión que se genera, conocimientos, habilidades, actitudes y valores de acuerdo con los objetivos específicos de la sesión y los objetivos generales del curso, creando de esta forma una comunidad de aprendizaje.

Ello presupone la elaboración de indicaciones metodológicas que hagan más comprensible este método para la adecuación de los objetivos a alcanzar con las condiciones imperantes en cada momento de realización, entre las que se encuentran:

Correrá por cuenta del trabajo metodológico de los equipos de trabajo de cada disciplina y asignatura la determinación de los casos y el tratamiento de sus contenidos.

El equipo de profesores que imparte clases en la gestión académica, debe elaborar la guía para la discusión del caso, teniendo en cuenta los objetivos de las asignaturas. Este paso es muy importante ya que la selección de los casos tiene que responder a los objetivos y al nivel de habilidades que debe alcanzar el estudiante en cada gestión. Además el carácter interdisciplinario de los casos permite que en cada asignatura se pueda utilizar el mismo caso desde diferentes visiones y reforzando los contenidos conceptuales, procedimentales y actitudinales según sus requerimientos.

El uso de los mismos puede y debe variar en correspondencia con los contenidos, las habilidades y requerimientos pedagógicos de cada asignatura

Se debe confeccionar un fondo básico de posibles casos que pueden ser utilizados en dependencia de sus particularidades. Este banco de casos se utilizara además para que los profesores desarrollen sus investigaciones y puedan modelar la profesión en el aula.

En dependencia de su naturaleza y características específicas, un caso puede necesitar de una carta de autorización de la fuente en donde se obtuvo la información que lo configura. De este modo, se otorga legitimidad al contenido del caso y al uso del mismo, bien sea con fines, académicos tales como: trabajar con grupos de alumnos en el aula, trabajar con participantes en cursos de extensión, o al incorporarse como material de algún libro de casos. Si no tiene la autorización de la fuente no puede ni debe usarse.

Los casos presentados pertenecen a campos concretos. La adecuada selección de los casos permite afrontar distintas áreas de decisión jurídica.

Es preciso dejar claro que el método del estudio de casos aplicado exclusivamente adolece de falta de base teórica y de estructura en el aprendizaje. Seguramente, no sea una buena idea basar la enseñanza sólo o casi exclusivamente en estudio de casos, puesto que se evita la necesaria estructura teórica y conceptual. Las clases mixtas deben constituir una forma peculiar de docencia de la carrera de Derecho, en que se mezclan elementos del método expositivo y el método de estudio de casos, de forma que en ellas se yuxtapongan explicaciones magistrales con el debate de los asuntos orientados para el estudio de casos, o se mezclan dichos debates con la ejercitación de habilidades prácticas. Esas Clases Mixtas pueden ser evaluables, a juicio del docente, según el nivel de su preparación, tópico a que se refiera y disponibilidad de información sobre el caso en cuestión.

Los estudios de casos deben constituir formas superiores de profundización del estudio, escenario de debate científico y articulación de nociones esenciales. Debe evitarse lo superficial, normativo y, puramente reproductivo.

Los estudios de casos, por su naturaleza y significado, deben constituir instrumentos principales de evaluación y deben concentrarse en tópicos integradores y arribar a conclusiones cardinales en el dominio de la asignatura.

Desde el primer año de la carrera debe velarse por alcanzar la integración, no sólo de los conocimientos correspondientes a las disciplinas de la especialidad, sino de esta con las del resto de la carrera y de todas ellas en torno a las habilidades básicas de este nivel de formación.

Propiciar la enseñanza problémica, a través del desarrollo de casos que tengan en consideración los diferentes niveles de asimilación del conocimiento y la integración multidisciplinar e intradisciplinar

CUARTO PASO: Aplicación del método del estudio de casos: fases.

Para la utilización del método del estudio de casos, como herramienta didáctica en el desarrollo de habilidades investigativas en el estudiante de derecho, es preciso organizar el proceso, para ello se sugieren las siguientes.

FASES:

FASE DE PREPARACIÓN

- El profesor debe explicar al grupo las características de la actividad y sus objetivos para que este se pueda introducir en los ámbitos de los temas.
- Se debe proceder a la clasificación de los casos, estos pueden ser:
 - Caso de juicio o dictamen

- Casos de información
 - Caso de determinación del problema
 - Caso de solución del problema
 - Casos de investigación
- Se preparan los casos con su documentación y el alumno se introduce si es necesario, también en la teoría y práctica del método del estudio de casos.
 - Por lo general, el caso se presenta en formato impreso. La diferencia con otro tipo de artículos que se utilizan como estrategia de enseñanza es que en un caso se plantea una situación problemática de la realidad, sobre la cual es preciso tomar una decisión o efectuar una valoración.
 - Además del material del caso es posible disponer de informaciones anexas al ambiente del aprendizaje, que se pueden extraer de manuales, diccionarios, tesauros y banco de datos o, incluso, mediante acceso a Internet.
 - Cuando se elige un caso, se debe observar primeramente si el problema tratado es relevante para los objetivos del curso, de la unidad o sesión. La selección de un caso puede tener como propósito introducir nuevos conceptos, ejercitar en los alumnos la habilidad de análisis de problemas y toma de decisiones o usar la creatividad en el desarrollo de soluciones. Un buen caso debe permitir diversas interpretaciones.
 - Además de la pertinencia de contenidos, es importante considerar en un caso la calidad del relato, no sólo para despertar y retener el interés de los estudiantes, sino para asegurar la presencia de elementos indispensables para una buena discusión.
 - Generalmente, el uso de este método didáctico admite su combinación con otros recursos de apoyo, por ejemplo, en el método del estudio de casos se puede utilizar el juego de roles, el método de preguntas, el trabajo colaborativo, la dramatización, etc. Sin embargo, es importante ser muy cuidadoso en el diseño de la estrategia. Esta debe ser congruente con los objetivos o propósitos educativos.
 - Analizar ideas rectoras, conceptos principales y antecedentes que sienten las pautas para el trabajo con los casos seleccionados y habilidades investigativas que se espera formar.

Para la formación de las habilidades investigativas a través del método del estudio de casos, es necesario se tengan en cuenta los siguientes.

PRINCIPIOS:

- El estudiante en el proceso de aprendizaje debe colocarse en el centro de atención a partir del cual se debe proyectar el proceso de formación y desarrollo de las habilidades investigativas.
- El profesor debe extraer de sí mismo, de su preparación científica y pedagógica todos los elementos que permitan el despliegue del proceso, el redescubrimiento y reconstrucción del conocimiento por parte del estudiante.
- El principio del carácter educativo de método del estudio de casos posibilita no solo el desarrollo integral del individuo sino también el desarrollo de su pensamiento, de sus capacidades y habilidades y en fin de los distintos aspectos de su personalidad.
- El principio de la unidad de la instrucción y la educación permite utilizar al máximo las posibilidades educativas que brinda este método, ya que expresa la relación con la vida de la sociedad y de la profesión en el contexto socio-histórico que vive el estudiante.
- El principio del carácter científico del método del estudio de casos, entendido en su dimensión dialéctica como forma de ascensión de lo abstracto a lo concreto en el pensamiento.
- El principio del carácter consciente, entendido éste como consecuencia de la asimilación de los procedimientos por el sujeto cognoscente, es decir, cuando los estudiantes no reciben los conocimientos ya preparados, sino que ellos mismos en su actividad revelan las condiciones de su origen y transformación.
- El principio del carácter objetual permite que los alumnos descubran el contenido general de un determinado concepto, como fundamento de la posterior identificación de sus manifestaciones particulares, entendiéndose lo general como la conexión inicial que permite explicar el desarrollo del sistema.

FASE DE ANÁLISIS DEL CASO Y HABILIDADES A DESARROLLAR.

Los estudiantes revisan a fondo el material del caso, lo interpretan y procuran obtener información adicional sobre el tema. Aplicar en la enseñanza el método del estudio de casos, permite a los estudiantes entrar en contacto con la realidad obtenida a través de una narración, que a pesar de las posibles distorsiones, producto

de la inevitable interpretación, es recogida directamente de los hechos y no surge de la imaginación libre, que necesariamente respondería a los conceptos aceptados por los autores. Los casos, si son correctamente documentados, permiten a quien los analiza, ponerse en contacto con una realidad que de otra manera rara vez tendría oportunidad de conocer, posibilitando el desarrollo de las siguientes habilidades:

- La comprensión de información teórica a partir del análisis de una situación práctica.
- Comprender una situación específica.
- Enfocar el análisis de la situación tanto desde una perspectiva global como de una perspectiva en particular.
- Ser sensibles a la relación entre conceptos, funciones y procesos.
- Analizar y comprender una situación desde un punto de vista multidisciplinario.
- Orientarse a la acción.
- Aceptar del conflicto
- Poseer un sentido tanto de lo crítico o lo clave, como de lo posible.
- Tener voluntad y firmeza para tomar decisiones.
- Ser capaz de ponerse en lugar de otros.
- Ser sensible a los límites y las posibilidades de actuación.
- Si no fuera a través de los casos, los estudiantes nunca tendrían la capacidad de conocer tantas realidades y su experiencia estaría limitada a los escasos contactos que, de manera directa, pudieran tener con algunas situaciones. El método del estudio de casos les permite observar, valorar hechos y practicar diversas interpretaciones y soluciones, en una gran cantidad de contextos.

FASE DE INTERACCIÓN.

Cada grupo presenta sus conclusiones, se comparan las definiciones del problema, se examinan las posibilidades de solución y se proponen las decisiones;

- Un caso representa situaciones complejas de la vida real planteadas de forma narrativa, a partir de datos que resultan esenciales para el proceso de análisis. Constituyen una buena oportunidad para que los estudiantes pongan en práctica habilidades que son también requeridas en la vida real, por ejemplo: observación, escucha activa, diagnóstico, toma de decisiones y participación en procesos grupales orientados a la colaboración.

FASE DE EVALUACIÓN.

Las soluciones son presentadas y debatidas (individualmente o en pequeños grupos) y, finalmente, se presenta al plenario para arribar a las conclusiones del caso, válidas para todo el curso

- Las sesiones de clase se tornan en un ambiente activo y estimulante, en el que las discusiones giran en torno al debate de ideas desde puntos de vista diferentes, sin generar agresiones y hostilidades personales.
- Dado que los casos representan situaciones complejas de la vida real, es factible poner en práctica habilidades de trabajo grupal tales como: la negociación, el manejo de conflictos, la toma de decisiones y la comunicación efectiva.
- El análisis o el estudio de un caso demanda, esencialmente, un proceso de discusión en grupo bajo un enfoque colaborativo.
- Las discusiones reflejan el modo en que, la mayoría de las veces, son tomadas las decisiones en situaciones reales de la práctica profesional.
- Dado que el componente esencial del método del estudio de casos es la discusión, conviene tener en cuenta las características de una buena discusión
- Los estudiantes adoptan el rol de un personaje real (actor o afectado en el caso) o del tomador de decisiones. Ellos saben, obviamente, que sobre ellos está la carga y las presiones de ser tomadores de decisiones. Ocasionalmente toman el rol de evaluadores (árbitros), de las soluciones o decisiones de los demás. Los estudiantes deben "estar" en la situación, dominar las relaciones complejas y obtener la información pertinente. Además, ellos deben estar orientados en el campo del cual proviene el ejemplo del caso.

FASE DE CONFRONTACIÓN.

Se procede a comparar las soluciones propuestas (encontradas) con la decisión tomada en la situación real.

En el método del estudio de casos, las tareas y metas del aprendizaje exigen al estudiante:

Encontrar una solución a cada caso.

Tomar decisiones.

Fundamentarlas, presentarlas y comparar las soluciones encontradas y las decisiones tomadas con la situación real.

En su planteamiento debe de existir un tomador de decisiones. La persona que lo analiza tiene que ponerse en la posición del tomador de decisiones para poder

resolverlo. No se trata de dar una recomendación, sino de tomar una decisión. No se trata de “ser otra persona” pero sí de ocupar su “posición o rol” por un momento.

Es importante considerar que un principio guía que rige el proceso de discusión de un caso es que hay una sola decisión correcta, sino dos o más decisiones correctas que serán sometidas a discusión.

El estudiante deberá no sólo aprender y comprender ideas, sino también utilizarlas cuando los casos requieran juicios de valor. Tendrá que tomar decisiones y defender su punto de vista en la discusión. Un factor esencial en el buen funcionamiento del método es la adecuada información al estudiante respecto a la idoneidad de las opciones que toma y del trabajo realizado.

El método del estudio de casos exige del docente una participación más intensa, comparado con otras herramientas habituales de aprendizaje. La labor del profesor facilitando información y ayudando con posterioridad a la realización del trabajo por parte de los estudiantes, es vital en la comprensión del caso y de sus soluciones.

QUINTO PASO: Evaluación de las habilidades investigativas.

Para la realización de la evaluación deben tenerse en cuenta los siguientes principios:

- El carácter complejo y multifacético del sujeto de aprendizaje.
- El carácter multilateral de las influencias que recibe dicho sujeto.
- El carácter rector de la educación y la enseñanza como proceso especialmente organizado para dirigir el desarrollo escalonado e integral de la personalidad del estudiante.
- El carácter activo de los participantes (tanto el maestro que enseña como el alumno que aprende) en el sentido en que ambas partes necesariamente tienen que participar en el control y regulación del aprendizaje.
- El carácter individualizado del proceso de apropiación de las manifestaciones de dominio de una habilidad investigativa sin obviar las especificidades de un modelo preconcebido como marco de referencia para la evaluación (y los diferentes controles que esta debe incluir).

La evaluación, asimismo debe tener un carácter sistémico y procesal. En todos los casos debe existir un modelo (esquema, programa, exigencias, etc.) que esté integrado por los elementos y relaciones esenciales de la habilidad objeto de evaluación (acciones, operaciones, es decir, modos de actuación que reflejan las

especificidades que requieren las transformaciones de un objeto, la realización de una tarea, la solución de un problema).

Esto posibilita que se cumpla el carácter objetivo de la evaluación: correspondencia entre el juicio de valor que se emite y el fenómeno que se evalúa, disminuyendo al máximo la subjetividad del proceso.

La apreciación de los resultados del aprendizaje, en particular las habilidades investigativas, requiere de un sistema de métodos que permita obtener información adecuada de su estado actualizado, por ello partiendo de los principios antes señalados puede considerarse asequible a los conocimientos que maneja la mayoría de los docentes; aunque no por ello se entienda que son las únicas variantes posibles, en este aspecto todavía queda mucho que investigar: Como ya planteamos el sujeto que aprende es complejo y multilateral y lo que puede ser efectivo y adecuado para una gran mayoría, puede que no funcione en casos específicos.

Como método fundamental en el control de las habilidades está la observación.

Este es un método general que puede utilizarse en diferentes variantes según los propósitos que se persiguen y las posibilidades que ofrecen las condiciones concretas para su aplicación.

Requisitos mínimos indispensables para su aplicación con carácter de métodos científicos para la evaluación de habilidades:

- Selección de la habilidad o sistema de habilidades a observar: objeto.
- Seleccionar los indicadores a evaluar en labor determinada.
- Planificar el curso de la observación.

El profesor debe tener presente que la formación de las habilidades investigativas es un proceso, y que no culmina con su egreso de la universidad, por lo que es complejo y a veces muy subjetivo

Utilizar un caso como forma evaluativa puede resultar una experiencia valiosa, tanto para el estudiante como para profesor: Esta puede ser una excelente oportunidad para que el alumno muestre su capacidad para reconocer los factores relevantes de la situación planteada, identificar consecuencias e impactos, establecer relaciones entre hechos aparentemente no vinculados y proponer soluciones aplicando sus conocimientos, teorías o modelos.

Por su parte, el profesor debe considerar que la forma en que el caso se plantea no exige una sola respuesta correcta. Sobre todo, lo que el alumno demuestra es cuánto ha comprendido los conceptos que se requieren para proceder a resolver el

caso. Por lo tanto, el proceso de evaluación resulta más complejo y el resultado que se asigne será siempre un tanto subjetivo.

CONCLUSIONES

El proceso de enseñanza aprendizaje, no sólo puede estar dirigida a transmitir conocimientos, sino que debe estar dirigido además a la formación de habilidades investigativas en los educandos.

Al no desarrollarse métodos activos de enseñanza que contribuyan a la formación de esas habilidades investigativas, el estudiante de derecho se verá limitado al análisis y solución de casos reales en su actividad profesional.

Si el jurista no sabe interpretar la realidad, no puede determinar donde está el problema; si no sabe argumentar no tiene criterio y por lo tanto no puede lograr los resultados que espera; si no es capaz de hacer una valoración contextualizada y que responda a los ideales de justicia, no podrá ser nunca un buen jurista.

La enseñanza tradicional del derecho, que aún subsiste en la UAGRM, no contribuye a la aplicación de métodos y técnicas modernas de investigación ni al desarrollo de habilidades investigativas en los estudiantes.

Si bien algunos docentes utilizan el método del estudio de caso, este no está concebido como un método didáctico importante que aplicado de forma sistemática la carrera puede disponer de una base de dato actualizada sobre problemas reales en el campo del derecho.

El perfeccionamiento del proceso de enseñanza aprendizaje del derecho, condiciona la necesidad de una estrategia metodológica para la formación de habilidades investigativas lo que implica la consideración de un conjunto de elementos socio-educativos que confluyan en la conformación de una estructura organizativa planificada desde el punto de vista curricular que va desde la selección de los casos para su utilización como contenidos educativos a nivel de aula, hasta la propuesta de solución de los mismos, convirtiendo el método de estudio de casos en el principal método didáctico en la enseñanza del derecho en la UAGRM.

El estudio del Derecho a través del método del estudio de casos representa una innovación en la enseñanza de la ciencia jurídica además de la utilización de la moderna tecnología de la información.

El estudio de casos estimula la consolidación y desarrollo de estas habilidades investigativas en el estudiante, a saber:

Estructura mental: autoaprendizaje, de la memorización al razonamiento jurídico. Hasta ahora, se ha tratado de enseñar “todo” exegéticamente y hay poco énfasis en la estructura general del ordenamiento jurídico boliviano.

Velocidad mental: la enseñanza de precedentes no sólo es la concreción de normas abstractas en casos particulares, no se trata de enseñar de la misma manera en que se ha hecho y ejemplificar con fallos, la enseñanza con casos es mucho más que eso

Capacidad de expresión oral y precisión en el lenguaje: El debate de fallos reales logrará una mejor expresión oral y un uso más preciso del lenguaje.

Amplitud de conocimientos. El estudio de precedentes judiciales importantes amplía el espectro de conocimientos ya que se analiza el derecho en su dimensión real y total.

- La formación de las habilidades investigativas a través del método de estudio de casos en los estudiantes de derecho desarrolla la capacidad de razonamiento y la reflexión crítica sobre una serie de problemas jurídicos que son importantes, implica ofrecerle a los estudiantes la posibilidad de profundizar en su formación teórica y de afianzar la práctica.
- El método de estudio de casos como método didáctico, debe ser compromiso de todos los docentes de esta facultad, en aras desarrollar reflexiones críticas y capacidades analíticas, interpretativas y de resolución de conflictos y de superar los viejos métodos memorísticos en el aprendizaje del derecho.
- El método de estudio de casos debe coadyuvar a la tendencia interna de la personalidad a integrar y armonizar los factores internos y externos y a la autonomía de ésta, es decir, a la autorregulación sobre la base de fines conscientes, lo que está por supuesto, en interacción y en dependencia de la realidad social.
- Entre las cualidades del estudio de casos como estrategia didáctica a seguir están: problematizadora, participativa, valorativa, creativa, integradora, sistémica, flexible y grupal. En estas estrategias el diálogo, la reflexión los sentimientos, las motivaciones son los ejes centrales. El aprendizaje grupal, basado en el desarrollo de la individualidad a partir del grupo permite lograr la unidad entre lo afectivo y lo cognitivo, establecer las relaciones entre lo social y lo individual de cada personalidad, teniendo como principios:
 - La unidad de la comunicación y la actividad.
 - El carácter social del aprendizaje.
 - La problematización de la enseñanza.

RECOMENDACIONES.

- Perfeccionar el currículum de la carrera en todos sus niveles, de manera tal que queden definidas y explícitas las habilidades investigativas y expresadas de forma transversal en cada momento del mismo.
- Crear las condiciones necesarias y propicias para el trabajo docente en equipo, con la finalidad de aprovechar las capacidades, potencialidades y experiencias de todo el claustro en beneficio de la formación profesional de los estudiantes.
- Se recomienda utilizar este material para abrir el debate científico en torno a las ventajas y desventajas del método del estudio de caso, lo cual permitirá la aceptación por parte de los docentes y su consiguiente aplicación.
- Crear una base de datos de casos judiciales, administrativos, etc., que contribuyan al análisis multidisciplinario y transdisciplinario de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA EN ESTE ARTÍCULO

- BACIGALUPO, Enrique. La Técnica de resolución de casos penales. 2º Edición corregida y aumentada. Editorial Colex. Madrid 1.995.
- CARNELUTTI FRANCESCO, Metodología del Derecho, Valletta ediciones, Cap. Fed., julio 1990.
- PEÑUELAS I REIXACH, Lluís, **La docencia y el aprendizaje del Derecho en España**, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2ª Edición, Madrid, 1997.
- TAVOLARI OLIVEROS, R.: El proceso en acción. Viña del Mar, Chile 2000.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

1. ALVAREZ DE ZAYAS, Carlos. (1999) "La escuela en la vida. Editorial Academia. La habana,
2. ALVAREZ DE ZAYAS, Carlos. (1996) "Hacia un currículo integral y contextualizado. Editorial Pueblo y Educación. Ciudad de la Habana,
3. ANGUERA Agilaga, María Teresa (1998) "La investigación cualitativa", Educar, MEXICO,
4. ARREDONDO, E.A., (1989). "Los procesos de formación y conformación de los agentes de la investigación educativa", en cuadernos del CESU Num. 13, UNAM, MEXICO,
5. ATIENZA, Manuel (2004). "Las Razones del derecho". Palestra Editores, Lima, PERU.
6. BACIGALUPO, Enrique (1995) "La técnica de la resolución de casos penales", Segunda Edición corregida y aumentada. Editorial Colex. Madrid, ESPAÑA.
7. BARBIER, JEAN-MARIE (1993), La evaluación en los procesos de formación, Paidós, Barcelona, ESPAÑA.
8. BODGAN Y TAYLOR (1987), Introducción a los métodos cualitativos de investigación, Paidós, Barcelona, ESPAÑA.

9. BRITO Fernández, Héctor (1984), "Hábitos, habilidades y capacidades" Revista Varona, Año VI, No. 13. La Habana, CUBA.
10. BUNGE, Mario. (1972), "La investigación científica", Barcelona, Ariel, ESPAÑA.
11. CARNELUTTI Francesco, (1990). "Metodología del Derecho", Valletta ediciones, Roma, ITALIA.
12. CHIRINO RAMOS, D. (2001). "Hacia una concepción del aprendizaje desarrollador". ISPEJV, La Habana, CUBA.
13. CHIRINO RAMOS, María Victoria. (2005). "Perfeccionamiento de la formación inicial investigativa de los profesionales de la educación". Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Pedagógicas. La Habana, CUBA.
14. COAGUILA VALDIVIA, Jaime Francisco. "Una propuesta razonable", <http://jaimecoaguila.galeon.com/page2.html>.
15. COAGUILA VALDIVIA, Jaime Francisco. "Apuntes para la formación de una Nueva Metodología de la Investigación Jurídica", <http://www.google/invest/jur.com>.
16. COUTURE, J. Eduardo. (1982) "Los mandamientos del abogado", Ediciones "Depalma", 8ª Edición, Buenos Aires, ARGENTINA.
17. DÍAZ BARRIGA, ÁNGEL, (1990). "Investigación educativa y formación de profesores", en Cuadernos del CESU, núm. 20, U.N.A.M., MÉXICO.
18. DUCOING, Patricia Et Al (1988), "La formación en investigación en el Colegio de Pedagogía. Un análisis metodológico en la perspectiva del plan de estudio", en Cuadernos del CESU, núm. 9, UNAM, MÉXICO.
19. ESTATUTO ORGÁNICO DE LA UNIVERSIDAD BOLIVIANA (2007), Aprobado en el Primer Congreso Universitario Docente Estudiantil. Aprobado en Resolución Rectoral del 02/04/2008.
20. DECLARACIÓN MUNDIAL SOBRE EDUCACIÓN SUPERIOR EN EL SIGLO XXI. (1998). Visión y acción, Conferencia Mundial sobre la Educación Superior. FRANCIA
21. FEYERABEND, Paúl. (1984). "Tratado Contra el Método", Editora Tecnos. Madrid, ESPAÑA

22. FIX ZAMUDIO, Héctor; (2002). "Metodología, docencia e investigación jurídicas", 10ª ed., Porrúa, MEXICO.
23. GAGNE, M. Robert (1970) "Principios básicos del aprendizaje para la instrucción". Diana, MEXICO.
24. LÓPEZ LÓPEZ M. (2000). "Saber enseñar a describir; definir y argumentar" Editorial Pueblo y Educación. Ciudad de la Habana, CUBA.
25. MANRIQUE, W. (1997). "La investigación-acción y el mejoramiento de la calidad del docente en el aula". Educare (UPEL-IPB), VENEZUELA
26. MARTINEZ PAZ FERNANDO (1996). "La enseñanza del derecho", Ediciones Garcia, Córdoba, ARGENTINA
27. MARTÍNEZ, M., (1998). "La investigación cualitativa etnográfica en educación. Manual teórico-práctico", 3ª Edic., Trillas, MEXICO.
28. MORENO BAYARDO, María Guadalupe. "Una conceptualización de la formación para la investigación". <http://educarjalisco.gob.mx/09/9/bayardo.html>.
29. PEÑUELAS REIXACH, Luis. (1997). "La Docencia y el aprendizaje del Derecho en España". Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2da. Edición. Madrid ESPAÑA.
30. REYES ESPARZA, Ramiro. (1993). "La investigación y la formación en las escuelas normales", en *Cero en Conducta*, año 8, núm. 33-34, MÉXICO.
31. ROJAS SORIANO, Raúl (1992), "Formación de investigadores educativos. Una propuesta de investigación", Plaza y Valdez, MÉXICO.
32. SÁNCHEZ PUENTES, Ricardo (1987), "El caso de la enseñanza de la investigación histórico-social en el CCH", en *Cuadernos del CESU*, núm. 6, UNAM, MÉXICO.
33. STEINER, C. (1998). "Educación emocional". Javier Vergara Editores. Buenos Aires, ARGENTINA.
34. TAMAYO HERRERA, J. (1990) "¿Cómo hacer la tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho", Concytec. Lima, PERÚ.
35. TAVOLARI OLIVEROS, R.: (2000) "El proceso en acción". Viña del Mar, CHILE.

36. TREND, M. G. (1982), "Sobre la reconciliación de los análisis cualitativos y cuantitativos: Un estudio de casos en Cook y Reichardt, Métodos cualitativos y cuantitativos en Investigación evaluativa", Morata, Madrid, ESPAÑA.
37. URETA GUERRA, Juan. (2000). "Introducción al Derecho Postmoderno". Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, PERÚ.
38. WITKER, Jorge (1995). "La Investigación Jurídica". McGraw-Hill, México D.F., MÉXICO.
39. WITKER, Jorge (1991). "Como elaborar una tesis en Derecho. Pautas Metodológicas y Técnicas para el estudiante o investigador del Derecho". Editorial CIVITAS, S.A., MEXICO.
40. www.uia.mx/uiainstitucional/sincondicion/pdf/latransformacion.pdf.



**DIÁLOGO INTERCULTURAL PARA UNA EFECTIVA
COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS:**

Pasantías interculturales in situ de autoridades provenientes de sistemas jurídicos plurales

**INTERCULTURAL DIALOGUE FOR AN EFFECTIVE
COORDINATION AND COOPERATION BETWEEN LEGAL SYSTEMS:**

Intercultural internship in situ of authorities from plural legal systems

Rev. boliv. de derecho n° 13, enero 2012, ISSN: 2070-8157, pp. 102-115



María Elena
NEGRÓN
PINO

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de junio de 2011

ARTÍCULO APROBADO: 1 de septiembre de 2011

RESUMEN: El nuevo Estado Boliviano Plurinacional, tiene el reto de articular en condiciones de igualdad la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Indígena Originaria a través de diálogos interculturales en observancia del pluralismo jurídico igualitario que proclama la Constitución, que no se acaba en el labor del legislador, sino debe expandirse a escuchar propuestas creativas de propios y extraños con el objetivo, de propiciar buenas prácticas judiciales interculturales. Este artículo propone aquello.

PALABRAS CLAVE: Pluralismo Jurídico, intercultural, Plurinacional, pasantías interculturales, jurisdicción indígena originaria, jurisdicción ordinaria.

ABSTRACT: The new Plurinational State of Bolivia, has the challenge of articulating the equal Jurisdiction Ordinary Jurisdiction and Native Indian cultural dialogue through legal pluralism in observance of the Constitution proclaims equal, not just in the work of the legislature, but must expand to proposals creative and bizarre own goal, to promote intercultural good judicial practices. This article suggests that.

KEY WORDS: LEGAL Pluralism, intercultural, multinational, intercultural internships, original indigenous jurisdiction, general jurisdiction.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. JUSTIFICACIÓN: Propuesta. Pasantías interculturales in situ de autoridades provenientes de sistemas jurídicos plurales. II. OBJETIVO Y PÚBLICO META. III. RESULTADOS ESPERADOS. IV. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Como anota Raquel Z. Irigoyen Fajardo¹ la Constitución Política del Estado de Bolivia promulgada el 7 de febrero de 2009 (CPE en adelante), dentro de los ciclos de reformas constitucionales de horizonte pluralista² se inscribe en el tercero, esto es, en el *constitucionalismo plural* (Yrigoyen, 2010:2), que se da en el contexto de la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas aprobado el 13 de septiembre de 2007 y ratificada por el Estado mediante Ley 3760 de 7 de noviembre de 2007. Esta Ley Fundamental, tiene como antecedente el reconocimiento constitucional primigenio de la pluriculturalidad en Bolivia, producido en la Constitución de 1994³, para finalmente afirmar -conjuntamente la autora- que el nuevo texto constitucional boliviano reconoce que los pueblos indígenas han dejado de ser simplemente “culturas diversas” que coexisten en un mismo espacio geopolítico, para constituirse como naciones originarias o nacionalidades con autodeterminación o libre determinación, o lo que es lo mismo, sujetos políticos colectivos con derecho a definir su destino, gobernarse en autonomías, y participar en los nuevos pactos de Estado, el que se configura así, como un “Estado plurinacional” (Yrigoyen, 2010:14-15).

- 1 IRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z., “El horizonte del Constitucionalismo Pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización”, Ponencia presentada en el VII Congreso de RELAJU, agosto 2010, Lima-Perú, pp. 14 -15.
- 2 La autora IRIGOYEN explica que: “Los tres ciclos del *horizonte del constitucionalismo pluralista*, esto es, el *constitucionalismo multicultural* (1982-1988), el *constitucionalismo pluricultural* (1989-2005) y el *constitucionalismo plurinacional* (2006-2009), tienen la virtud de cuestionar, progresivamente elementos centrales de la configuración y definición de los estados republicanos latinoamericanos dibujados en el s. XIX, e incluso van más allá, hasta lograr cuestionar elementos heredados de la era colonial”.
- 3 La ya mencionada jurista IRIGOYEN, en su ponencia “Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos”, (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador), 2000, anota que hasta antes de las reformas constitucionales que fueron introducidas en los países andinos como Colombia en 1991, Perú en 1993, Bolivia en 1994 y Ecuador en 1998, a consecuencia del reconocimiento internacional sobre el derecho de los pueblos indígenas, traducido en el Convenio 169 de la OIT, la teoría dominante del derecho en Latinoamérica se fundaba en la teoría kelseniana sobre el monismo jurídico, es decir que a un Estado le corresponde un solo sistema jurídico o derecho, y toda otra norma que no proviniera del Estado era considerada como costumbre y, en tal sentido, sólo fuente supletoria del derecho. Información obtenida de Internet: <http://www.unifr.ch/derechopena/articulos/pdf/YrigoyenI.pdf>, diciembre, 2010.

• María Elena Negrón Pino

Abogada. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Ex pasante del Tribunal Constitucional de España y de la Corte Constitucional de Colombia. Ex alumna del Aula Iberoamericana del Consejo General del Poder Judicial de España, de Formación Judicial Especializada. Ex abogada asistente del Tribunal Constitucional (1999-2007). Becaria del Curso Pluralismo, Interculturalidad y Acceso a la Justicia-Segunda Fase, Comisión Andina de Juristas, Perú. Docente de post grado en las Universidad Andina Simón Bolívar; Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, Universidad Técnica de Oruro, Universidad de Aquino de Bolivia, Universidad del Valle, Universidad Mayor de San Andrés. Actual Directora de la Escuela de Práctica del Colegio de Abogados de Chuquisaca.

En esta misma dirección, Alberto del Real Alcalá⁴, sostiene que uno de los valores más importantes que reconoce, incorpora y en el que se sustenta la nueva Constitución de Bolivia es la “plurinacionalidad”, a la cual la Ley Fundamental instituye en el “hecho fundante básico” de su refundación, y asimismo la hace determinante para concretar y conformar un nuevo modelo de Estado Constitucional de Derecho que se instaura, a modo de “Estado de Derecho Plurinacional” y que tiene carácter “transversal” a todas las normas del sistema jurídico boliviano y a todo el diseño político e institucional en todos los niveles del Estado. Esta situación, obliga al nuevo Estado a diseñar políticas de coordinación y cooperación entre sistemas jurídicos al margen y a la par del desarrollo normativo o reglamentario.

I. JUSTIFICACIÓN

Propuesta: Pasantías interculturales in situ de autoridades provenientes de sistemas jurídicos plurales

En el nuevo Estado Boliviano denominado Plurinacional, la colosal tarea de entendimiento cultural en la diversidad en todos sus ámbitos, está encomendada en última instancia a la justicia constitucional. En efecto, el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP en adelante), de composición plural⁵, tendrá un papel fundamental a la hora de entablar el diálogo intercultural entre la Jurisdicción ordinaria (JO posteriormente) y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina (JIOC en adelante), pues será en definitiva el órgano que establecerá, como último decisor, los consensos culturales, el contenido de los derechos interculturalmente interpretados y definirá aquellas normas indígenas que sean contrarias a los derechos fundamentales, por cuanto la CPE en su art. 179. II reconoce que la JIOC goza de igual jerarquía a la JO, lo que significa que esta última no subordina a la primera, que las decisiones de sus respectivas autoridades jurisdiccionales tienen igual valor jurídico y que por encima de ambas únicamente se encuentra la justicia constitucional.

4 DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto, *La Construcción de la Plurinacionalidad desde las resoluciones del Nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: Desafíos y Resistencias*, en Memoria Conferencia Internacional *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, Programa de Fortalecimiento a la Concertación y al Estado de Derecho (CONCED-GTZ), La Paz, 2010. (en adelante Memoria HCTCP).

5 El art. 197. I de la CPE, establece la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional en los siguientes términos: “El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino”. De acuerdo al art. 198 de la CPE, “Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia”. Los candidatos pueden ser propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (art. 199. II). Conforme al art. 182 de la CPE, la Asamblea Legislativa Plurinacional debe efectuar la preselección de los postulantes por 2/3 de votos de sus miembros presentes, y remitir al órgano electoral la nómina de los precalificados para que éste proceda a la organización única y exclusiva del proceso. La norma establece que serán elegidos las y los candidatos que obtengan mayoría simple de votos. Como se puede apreciar, existen diferencias sustanciales con la Constitución abrogada, en la que, no existía una conformación plurinacional del Tribunal Constitucional, y tampoco estaba prevista la elección por sufragio universal de sus miembros.

Esta situación, de conformación plural, no ocurre con la composición de los Tribunales o Jueces de garantías⁶ que ejercen justicia constitucional primaria. Por ello, a partir del reconocimiento del pluralismo jurídico de tipo igualitario con techo constitucional e internacional en el reconocimiento de los Derechos Humanos (arts. 190. II de la CPE)⁷, el profesor Clavero⁸ postula la tesis de que la JIOC debe ser competente para conocer y resolver las acciones de defensa de derechos y libertades (acciones de: amparo constitucional, de libertad, de protección a la privacidad, de cumplimiento y popular) que se determinan en un contexto comunitario, al igual que la JO cuando ejerce jurisdicción constitucional primaria al conocer esos mecanismos de protección constitucional en su propio contexto, en razón a que los valores culturales de los pueblos indígenas no deberán reducirse a un apartado estanco en sus espacios jurisdiccionales, sino que, muy al contrario, habrán de permear, en concurrencia con otros valores, toda la jurisprudencia constitucional.

Sin embargo, la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional No. 027, de 6 de julio (LTCP en adelante), guarda silencio respecto de la participación de la JIOC en la justicia constitucional primaria, situación que debilita notablemente el pluralismo jurídico tan fuertemente proclamado en el texto constitucional. Esta omisión, consideramos –en buena fue- se ha dado, porque el legislador ordinario, no ha encontrado mecanismos ni propuestas que hagan viable la integración de la JIOC para conocer conflictos constitucionales y de protección de derechos fundamentales y garantías constitucionales, que se espera sea salvada por la Ley de Deslinde Jurisdiccional a promulgarse en el futuro (LDJ)⁹.

No obstante lo señalado, consideramos que el talón de Aquiles del pluralismo jurídico en Bolivia, no se reduce a la falta de previsión normativa que integre la JIOC a la justicia constitucional primaria con iguales competencias que la JO, sino a la ausencia de búsquedas de propuestas serias e ingeniosas conducentes a una efectiva coordinación entre ambas, que luego se decanten en normas legales o reglamentarias. Propuestas, que asuman el reto de articular y ensamblar en condiciones de igualdad, diversos “sistemas civilizatorios”, en la unidad de país, toda vez que cada uno de ellos

6 Según la LTCP, los tribunales o jueces de garantías constitucionales que conocen y sustancian las Acciones de Defensa: amparo constitucional, de libertad, de protección a la libertad, de cumplimiento y popular, no están integrados en forma plural sino únicamente por autoridades judiciales provenientes de la cultura occidental (art. 58 de la LTCP)

7 La Sentencia Constitucional (SC en adelante) 0243/2010-R, de 31 de mayo, pronunciada por el Tribunal Constitucional de Bolivia, interpretando esta norma constitucional y las normas contenidas en el Convenio 169, reconoció que el art. 8 incs. I y 2 de dicho Convenio, implican el reconocimiento, por parte de los Estados firmantes, de un pluralismo jurídico interno, bajo un techo constitucional e internacional, de respeto a los derechos fundamentales. Información recabada en diciembre de 2010, página web: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo>

8 CLAVERO, Bartolomé, *Tribunal Constitucional entre Estado Plurinacional y Pueblos Indígenas: Un reto inédito en las Américas*, en Memoria Conferencia Internacional *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, cit., pp. 191 y ss.

9 Se anota que conforme al art. 191. II. 2 de la CPE, la Asamblea Legislativa tendrá que aprobar la Ley de Deslinde Jurisdiccional, que determinará los mecanismos de coordinación, cooperación y complementariedad entre la JIOC con la JO y la Jurisdicción Agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas. El Anteproyecto de Ley aún sigue en debate.

tiene distintos modos de producir y organizar la justicia. Así, la JIOC comunitaria tiene otra manera de entender lo común, de ejercer las normas de lo justo, de sanción y prevención de lo injusto¹⁰.

En ese orden de ideas, urge institucionalizar labores de coordinación y articulación entre ambos sistemas de justicia con mecanismos formales previos al ejercicio de la justicia constitucional teniendo en cuenta que la tarea de resolución de conflictos donde estén en juego la vulneración de los derechos fundamentales y garantías constitucionales individuales o colectivos, tiene como principal bastión la interculturalidad. En efecto, la herramienta que dota el texto constitucional Boliviano, para evitar la tensión y conflicto cultural que daría lugar la aplicación homogénea, abstracta de la ley, cuya destinataria es una sociedad civil culturalmente heterogénea¹¹, es la interculturalidad¹² a ser utilizado no sólo por la justicia constitucional, sino por la justicia en general, que incluye a la indígena y a todas las instituciones del Estado. Así lo establece el art. 98.I de la CPE, que determina que "La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones que conforman Bolivia". Del mismo modo, la SC 0243/2010-R, sostiene que "El desafío, por tanto, es lograr que, basados en el principio de interculturalidad, se logre un sustrato mínimo común, buscándose la unidad en la diversidad; pues, la existencia de un pluralismo jurídico no puede ser considerada como una desorganización axiológica, social y jurídica: El reto del pluralismo jurídico es permitir un diálogo entre la noción de la unidad y de la diversidad, de tal modo que se garantice a la vez la aplicación de los derechos humanos (noción universal) y el de los derechos consuetudinarios de los grupos culturales (noción particularista)".

De ahí surge la iniciativa de generar mecanismos previos de comprensión y entendimiento intercultural articuladores, tales como las pasantías interculturales de autoridades provenientes de sistemas jurídicos plurales. Estas pasantías interculturales consistirían en que jueces provenientes de la JO que ejerzan en forma primaria la justicia constitucional, tengan una Escuela Judicial¹³ *in situ* de intercambio cultural en los territorios donde están establecidas las naciones indígenas originaria campesinas de su respectivo asiento jurisdiccional¹⁴, es decir, se empapen de su cultura, de sus

10 GARCÍA LINERA, Álvaro, *Preámbulo*, en Memoria Conferencia Internacional *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, cit., pp.13-20.

11 DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto, "Alternativas de gestión del conflicto cultural en el Estado Constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año 2009, Fundación Konrad-Adenauer; Rechtsstaatsprogramms für Lateinamerika, Berlin-Deutschland, 2009, pp. 827-844, (citado en Memoria HCTCP, La Paz, 2010 pp. 155-156). En el trabajo ya mencionado "Alternativas de gestión del conflicto cultural en el Estado Constitucional", este estudioso aborda el conflicto cultural de la gestión de la diversidad desde el uniculturalismo o multiculturalismo.

12 Ver arts. 10.I, 45.I de la CPE y 3.3 de la LTCP

13 Se destaca que según la Ley del Órgano Judicial, No. 25, de 24 de junio de 2010 (LOJ) en adelante, existe una previsión legal, que estipula que la Escuela de Jueces del Estado, proveerá en la formación de los jueces una práctica por un periodo de ocho (8) meses con una jueza o juez titular (art. 224.II de la LOJ). Esta disposición esclarece respecto a la necesidad de realizar prácticas judiciales, que bien podrían tomarse en cuenta para esta propuesta.

14 Habrá que tomar en cuenta la nueva distribución de asientos jurisdiccionales, según la LOJ.

costumbres, de su cosmovisión, de su Derecho, en una suerte de aprendizaje no desde afuera que se reduzca a conocimientos doctrinarios o teóricos sino ante todo en una vivencia. Así el Convenio 169¹⁵, conforme lo entendió la SC 0243/2010-R mencionada, concibe al pluralismo jurídico, no sólo en su implicancia de respeto a las formas de producción jurídica de los pueblos indígenas, distintas a las instituciones estatales, sino que se les reconoce el derecho a conservar y aplicar sus costumbres a través de sus autoridades originarias, lo que implica el reconocimiento a la normatividad (las normas propias de los pueblos indígenas), institucionalidad (autoridades originarias) y jurisdicción (funciones jurisdiccionales).

Esta propuesta, también se aplicaría a las “autoridades naturales” (autoridades de los pueblos indígenas, originario campesinos) elegidas de acuerdo a sus costumbres y con sus propios procedimientos, que en la misma dinámica participen de ese intercambio intercultural *in situ* en los asientos jurisdiccionales respectivos, como un claro reconocimiento de un pluralismo jurídico igualitario. Claro está, teniendo en cuenta la participación no sólo de las autoridades de las poblaciones indígenas andinas (tierras altas) que eran y son los grupos mayoritarios en Bolivia, sino también de las poblaciones indígenas minoritarias en las regiones amazónicas (tierras bajas), que fueron y aún siguen siendo “invisibilizadas” en su identidad indígena, como anota la historiadora boliviana Ana María Lema Garrett¹⁶. En efecto, en Bolivia, hubo y hay un concepto bien arraigado del aymarocentrismo o quechuanocentrismo, que ve a las naciones de los pueblos indígenas de tierras bajas como culturas periféricas y “marginales”.

En ambos supuestos, las pasantías tendrían que tener un lapso de intercambio intercultural por un periodo mínimo de tres meses, en una interacción permanente con rotaciones periódicas y formación continua, que conlleve, antes de ejercer la jurisdicción y resolver conflictos, a comprender las dinámicas complejas de los sistemas jurídicos plurales existentes y las tensiones que se presentan en su interacción, sin renunciar a sus propios valores y formas de hacer justicia. Esto haría innecesaria o poco relevante la utilización del peritaje antropológico, que si bien ha sido utilizado con un bien ponderado beneficio en la justicia constitucional, como por ejemplo en la Corte Constitucional de Colombia¹⁷, pero a decir de Yrigoyen¹⁸ “el peritaje, los peritos o expertos —ya sea profesionales (antropólogos, sociólogos, etc.) o miembros de las comunidades indígenas— sólo ilustran a los jueces sobre la cultura y/o prácticas jurídicas

15 El Convenio 169 de la OIT, sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales en países e independientes, aprobado el 27 de junio de 1989, fue ratificado por Bolivia mediante Ley 1257 de 11 de junio de 1991.

16 LEMA GARRETT, Ana María, *El sentido del silencio. La mano de obra chiquitana en el Oriente boliviano a principios del siglo XX*, Santa Cruz, 2009, Ed. El País, pp. 181-187.

17 Ver sentencias C-139/1996, del Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, U-510 de 1998 del Magistrado ponente Eduardo Cifuentes, página web: www.corteconstitucional.gov.co, apartado Relatoria, Radicador de Sentencias.

18 IRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z, “Criterios y Pautas para la Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal”, Ponencia presentada en el marco del Módulo virtual para operadores de Justicia denominado Pluralismo Jurídico, Interculturalidad y Acceso a la Justicia-Segunda Fase, tomado del capítulo IV.2. Pautas para el reconocimiento constitucional del derecho indígena y su coordinación con el derecho estatal del libro de la misma autora: *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, Fundación Myrna Mack, 1999, Guatemala.

indígenas, pero no deciden, la decisión la toma el juez" (Irigoyen, 1999: 12) y por ello, no deja de ser un mecanismo que nace de la cultura occidental.

Aquí surgen múltiples interrogantes que intentaremos responder: ¿cuáles serían las líneas de interacción o diálogo intercultural, o lo que es lo mismo, los temas objeto de reflexión en las pasantías?, ¿cuál sería el rol del pasante?, ¿cuáles los límites de su actuación?, ¿cuáles sus tareas?, ¿con qué recursos económicos se llevaría a cabo este programa permanente?, ¿cómo se institucionalizaría este mecanismo formal de coordinación previo al ejercicio de la jurisdicción constitucional primaria?, ¿cuáles serían los objetivos que se pretende lograr?, ¿cuáles serían los principios informadores que rijan estas pasantías, esto es, su filosofía?

Consideramos que las líneas de diálogo intercultural tendrían que ser sobre los límites que impone el propio texto constitucional y los instrumentos internacionales a ambas jurisdicciones, las que siguiendo al profesor Del Real Alcalá serían: a) El Principio de "primacía de la Constitución": principio de "legalidad Constitucional"¹⁹; b) El límite de los restantes "derechos fundamentales" también reconocidos en la CPE²⁰; y c) el límite del "principio de unidad del país"²¹ (Del Real Alcalá, 2010: 147-150). El rol del pasante sería realizar un trabajo escrito u oral, que luego se traduzca en los idiomas de ambos sistemas jurídicos, sobre las líneas de diálogo intercultural que hayan enriquecido su aprendizaje mutuo y primordialmente en la sistematización de las decisiones del sistema jurídico contrario que sirvan a futuro

- 19 Este autor señala que según el art. 140.I de la CPE, "Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución." La Constitución tiene "primacía normativa" frente a cualquier norma escrita o consuetudinaria, según establece el art. 410.II párrafo Primero CPE: "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país".
- 20 Del mismo modo, DEL REAL ALCALÁ anota que "Los derechos fundamentales constituyen un criterio unificador ante la pluralidad de jurisdicciones en igualdad de condiciones que cohabitan en el Ordenamiento boliviano. Su fuerza unificadora es intensa. Puede afirmarse el "sistema de justicia constitucional", desde un punto de vista formal; y los "derechos fundamentales" reconocidos en la Constitución, desde un punto de vista material, actúan como dos de las instancias más sólidas de la unidad del país.
- 21 Asimismo, subraya que: "No muestra ninguna duda la Constitución de que el nuevo Estado boliviano es un Estado Unitario, y así lo define la nueva Carta Magna en su Preámbulo. Con la misma orientación, el Artículo 2 CPE reconoce el derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígenas originario campesino en el marco de la unidad del Estado. Asimismo, los derechos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos juegan en el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución, que son sus límites constitucionales (Artículo 30.II. CPE) que no pueden rebasar. Además de la protección anterior, el principio de unidad del país está verdaderamente garantizado por (y descansa sobre): i) La existencia de instituciones comunes para todo el territorio boliviano (Asamblea Legislativa Plurinacional y TCP, sea el caso, por ejemplo, además de otras instituciones compartidas); ii) La "unidad de legislación" (que proporciona la existencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional) según establece el Artículo 145 CPE en el nivel de esta Asamblea Legislativa (Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores), que "es la única con facultad de aprobar y sancionar leyes que rigen para todo el territorio boliviano."; iii) La unidad en la configuración institucional de la "estructura territorial" del Estado. Los principios que rigen el nuevo "modelo territorial" boliviano son, entre otros, los de "unidad" y "lealtad constitucional" (Artículo 270 CPE); iv) La unidad de la doctrina jurisdiccional que proporcionan sobre todo las resoluciones del TCP como última instancia; v) La unidad institucional y de mando de las FFAA (Artículos 243 a 250 CPE) y Policía boliviana (Artículos 251 a 254 CPE); vi) La CPE establece como atribuciones de la Presidenta o Presidente del Estado "Mantener y preservar la unidad del Estado boliviano" (Artículo 172.2. CPE). Asignándole también la función, según el Artículo 172.25. CPE, de disponer de las Fuerzas Armadas "para la defensa... [de] la integridad del territorio."

de fuente de conocimiento para resolver casos fronterizos entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria y que garanticen que la carga argumentativa a la hora de resolver un conflicto esté sustentada en la voz escuchada de los indígenas como de los no indígenas. Los límites en su actuación, estarían marcados, puesto que se traducirían a ser meros expectantes atentos a comprender la normativa ajena, la institucionalidad y la jurisdicción de ambos sistemas, esto es, el Derecho, los procedimientos, la conformación de las autoridades y las sanciones que se aplican en el contexto cultural del otro.

Asimismo, el emprendimiento, desarrollo, planificación y ejecución de este proyecto estaría concebido con una filosofía que quiebre viejas resistencias que aún se asumen hoy en día en algunos sectores, que sostienen que los blanco-mestizos son superiores a los pueblos indígenas y afrodescendientes, como una clara expresión del capitalismo y el eurocentrismo, lo que el sociólogo peruano Aníbal Quijano denomina la “colonialidad del poder”²² y que no lleva a otra cosa que no sea la involución del reconocimiento del pluralismo jurídico para convertirlo de igualitario a subordinado como en la época de la colonia. Por el contrario, la filosofía de este proyecto tendría que estar empapada del reconocimiento y la existencia de otros “órdenes civilizatorios diferentes” pero igualmente valiosos (Memoria HCTP, 2010:19), toda vez que como sostiene el sociólogo portugués Boaventura de Sousa Santos, citado por Salgado²³ el reconocimiento de las debilidades e incompletudes recíprocas de cada cultura es una condición *sine qua non* de un diálogo transcultural. Del mismo modo, esta filosofía tendría que partir del reconocimiento como persistente y aún no superado de la incapacidad de emprender diálogos entre iguales, lo que el sociólogo y antropólogo ecuatoriano Patricio Guerrero, nombrado por Salgado denomina *la colonialidad de la alteridad*, subrayando que “...el problema más grave que afecta la sociedad es de alteridad, nuestra incapacidad de encontrarnos y dialogar con amor y respeto con la diferencia...”.

Esta tarea, “aparentemente invasiva” de la jurisdicción ordinaria hacia la jurisdicción indígena originaria campesina, para no ser ello, tendría que ser emprendida una vez los pueblos indígena originario, campesinos, acepten la ejecución de estas pasantías *in situ* a través de la consulta previa obligatoria²⁴ al ser una medida administrativa susceptible de afectarlos directamente.

Este proyecto, bien podría institucionalizarse como parte de la estructura funcional de la Escuela de Jueces prevista en la Ley del Órgano Judicial, en cuyo caso, el Estado quedaría obligado a proporcionar los recursos fiscales para su

22 Citado por SALGADO, Judith, en su trabajo titulado “Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad”, 2007, pp. 82 y ss.

23 Citado por SALGADO, Judith, ob. cit. pp. 82 y ss.

24 Esta tendría que llevarse a cabo conforme a las reglas establecidas en el art. 6.I del Convenio 169, arts. 15, 19 y 36 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y los arts. 30.II. 15. CPE.

materialización, a través del presupuesto que se asigne al Órgano Judicial y al Tribunal Constitucional Plurinacional. A este esfuerzo, sería pertinente que también se adicione una parte del presupuesto propio de las autonomías departamentales y de las autonomías indígena originaria campesinas, teniendo en cuenta que la autodeterminación o libre determinación de los pueblos indígenas, en el caso boliviano, se potencia con el reconocimiento de las autonomías indígenas, originaria campesinas dentro del Estado Autonomico, que se suma al Estado Plurinacional y que es el plus y el corolario del ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas ahora naciones. En efecto, la autodeterminación de los pueblos indígenas, afianza la plurinacionalidad política, institucional, económica y jurídica, obligando a este Estado autonómico a realizar un pacto fiscal que comprometa la redistribución de recursos a estas autonomías para la atención de la consecución de sus fines (políticos, económicos, institucionales y jurídicos), en una suerte de instaurar el debate también con las autonomías.

II. OBJETIVO Y PÚBLICO META

Lograr que después de que las autoridades judiciales (jueces unipersonales y colegiados) provenientes de la justicia ordinaria o estatal con competencia reconocida por la CPE y la LTCP para ejercer justicia constitucional primaria²⁵ realicen pasantías interculturales *in situ* en los territorios de las naciones indígenas, originaria, campesinas de sus respectivos asientos judiciales y, viceversa, que las autoridades de los pueblos indígenas²⁶, realicen pasantías en los tribunales o juzgados estatales, se lleguen a consensos mínimos sobre las líneas de diálogo intercultural objeto de estas pasantías, esto es, sobre: a) el principio de primacía de la Constitución; b) el límite que impone la Constitución y los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos en el ejercicio de la JIOC, la JO y la justicia constitucional; y, c) el límite del principio de unidad de país.

25 Los jueces provenientes de la JO competentes para ejercer justicia constitucional primaria, conforme al art. 58 de la LTCP son: a) en Acción de Libertad, cualquier juez o tribunal competente en materia penal; b) en Acciones de Amparo, de Protección de Privacidad, de Cumplimiento y Popular, las autoridades judiciales competentes son: 1) En las capitales de departamento la sala de turno de los tribunales departamentales de justicia o los juzgados públicos de materia; 2) En las provincias los juzgados públicos o juzgados públicos mixtos. Lo que significa que este es el público objetivo de este proyecto.

26 ALBÓ, Xavier, "Principales Características del Derecho consuetudinario", Artículo Primero (Santa Cruz), 7 (mayo-diciembre, 1999) p. 16. De acuerdo al autor, la visión global y el carácter tradicional de las autoridades, no depende de la persistencia de algún término autónomo para designar a la organización comunal ni a sus autoridades. Los nombres más frecuentes para las organizaciones comunales son de cabildo, en muchas organizaciones de las tierras bajas, y sindicato en las zonas influenciadas por la reforma agraria, con sus correspondientes nombres importados para sus autoridades. Así se pueden utilizar los nombres de alcalde, corregidor. Es decir, el Derecho propio de los pueblos indígenas es administrado por autoridades nombradas y controladas por la comunidad y su asamblea, sin especialización en las áreas de aplicación del derecho, como ocurre por ejemplo en la JO; y, en muchos casos estas autoridades están en permanente relación con los yatiris u otros especialistas religiosos, de acuerdo a cada cultura, vinculados con el principio bueno o los seres protectores de la comunidad.

III. RESULTADOS ESPERADOS

Este proyecto, se decantaría en generar “buenas prácticas judiciales interculturales” en la jurisdicción constitucional primaria ejercida por autoridades provenientes de la JO y de la JIOC, con un efecto multiplicador que se extienda luego a otros operadores jurídicos de la justicia ordinaria, como son fiscales, policías, defensores públicos, autoridades administrativas, etc., que diseñen similares dinámicas interculturales, para evitar desencuentros de normas, valores, procedimientos e instituciones, o cruces y superposiciones no queridas por el orden constitucional vigente ni los instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas.

En efecto, los consensos interculturales sobre las líneas de diálogo señaladas a las que lleguen las autoridades judiciales provenientes de la JO y de la JIOC en las pasantías *in situ*, se rescatarían en forma escrita en los idiomas castellano y del pueblo indígena del que sea parte la autoridad natural donde se realizó la pasantía, con la ayuda de traductores. Posteriormente, esta información sistematizada se pondría a disposición de todos los órganos del Poder Público y de la ciudadanía en general, en una base de datos informática, que vislumbre un nuevo relacionamiento entre culturas donde se exija un respeto mutuo entre grupos culturales, traducido en comprensión, aceptación, intercambio y aprendizaje de experiencias entre los diferentes grupos sociales, sin que ello suponga una pérdida de identidades culturales, sino un enriquecimiento mutuo²⁷.

27 ALBÓ, Xavier y BARRIOS SUVELZA, Franz, *Por una Bolivia plurinacional e intercultural con autonomías*, La Paz, Documento de Trabajo, Informe Nacional sobre Desarrollo Humano en Bolivia, PNUD, 2006, p. 51

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALBÓ, Xavier.

1999 *Principales Características del Derecho consuetudinario*. Artículo Primero. Santa Cruz, 7 de diciembre.

ALBÓ, Xavier y BARRIOS, Suvelza, Franz X.

Por una Bolivia plurinacional e intercultural con autonomías, La paz, Informe nacional sobre desarrollo humano en Bolivia, PNUD.

CLAVERO, Bartolomé.

2010 *Tribunal Constitucional entre Estado Plurinacional y Pueblos Indígenas: Un reto inédito en las Américas*, en Memoria Conferencia Internacional *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, Programa de Fortalecimiento a la Concertación y al Estado de Derecho (CONCED-GTZ), La Paz.

DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto.

2009 "Alternativas de gestión del conflicto cultural en el Estado Constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año 2009, Fundación Konrad-Adenauer, Rechtsstaatsprogramms für Lateinamerika, Berlín-Deutschland.

2010 "La Construcción de la Plurinacionalidad desde las resoluciones del Nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: Desafíos y Resistencias", en Memoria Conferencia Internacional *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, Programa de Fortalecimiento a la Concertación y al Estado de Derecho (CONCED-GTZ), La Paz.

GARCÍA LINERA, Álvaro.

2010 *Preámbulo*, en Memoria Conferencia Internacional *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, Programa de Fortalecimiento a la Concertación y al Estado de Derecho (CONCED-GTZ), La Paz.

LEMA GARRETT, Ana María.

2009 *El sentido del silencio. La mano de obra chiquitana en el Oriente boliviano a principios del siglo XX*, Santa Cruz, Ed. El País.

SALGADO, Judith.

2007 *Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad*

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z.

1999 *Criterios y Pautas para la Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Fundación Myrna Mack, Guatemala.

- 2000 *Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)*. Información obtenida de Internet: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/YrigoyenI.pdf>, diciembre, 2010.
- 2010 *El horizonte del Constitucionalismo Pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización*. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad- IIDS. Lima.



EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y LA
GOVERNABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES ECONÓMICAS
INTERNACIONALES: UN ANÁLISIS JURÍDICO-POLÍTICO.

THE INTERNATIONAL ECONOMIC LAW AND GOVERNANCE
OF INTERNATIONAL ECONOMIC ORGANIZATIONS: A
JURIDICAL-POLITICAL ANALYSIS

Rev. boliv. de derecho n° 13, enero 2012, ISSN: 2070-8157, pp. 116-135



Juancarlos E.
VARGAS A.

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de julio de 2011

ARTÍCULO APROBADO: 21 de septiembre de 2011

RESUMEN: El propósito principal del presente artículo es analizar las causas que dificultan la gobernabilidad de las organizaciones económicas internacionales, a fines de identificar posibles soluciones y explicaciones, que vayan más allá de los postulados tradicionales que asocian los efectos negativos de la globalización con la necesidad de alcanzar mayores niveles de gobernabilidad.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional Económico, perspectivas, organizaciones económicas internacionales, y gobernabilidad global.

ABSTRACT: The principal objective of this article is to analyze the causes that have diffculted the governability of the international economic organizations, in order to identify possible solutions and explanations, which have to go further than the traditional postulates which associate those difficulties with the negative effects of globalization.

KEY WORDS: International Economic Law, perspectives, international economic organizations, global governability.

SUMARIO: Introducción; I. EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO; II. PERSPECTIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO; II. 1. Perspectiva Institucional; II. 2. Perspectiva de los Estudios Socio-Legales; II. 3. Perspectiva de la Justicia; II. 3. 1. Perspectiva sobre el Rol que debe desempeñar la Corte Internacional de Justicia (CIJ); II. 4. Perspectiva sobre la Gobernabilidad de la Globalización; III. LA GOBERNABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES; IV. CONCLUSIONES; y V. BIBLIOGRAFÍA.

Introducción.

Uno de los principales retos del Derecho Internacional Económico (DIE) es como lograr que las organizaciones económicas internacionales sean más justas. La revisión de las organizaciones económicas internacionales y en general el estudio del Derecho Internacional Económico debería tomar en consideración factores jurídicos, institucionales, económicos, y sociales, entre otros. Esto puede lograrse a través de las denominadas perspectivas del DIE, las cuales están asociadas a elementos vinculados a los orígenes, desarrollo y funcionamiento de las Relaciones Económicas Internacionales, pero sobre todo se trata de una metodología para el análisis.

Las perspectivas del Derecho Internacional Económico que se utilizan como herramientas de análisis en el presente artículo abarcan la Perspectiva Institucional, la Perspectiva de los Estudios Socio-Legales, la Perspectiva de la Justicia, y la Perspectiva sobre la Gobernabilidad de la Globalización. El propósito de estudiar los problemas asociados al DIE, y en particular a la gobernabilidad de las organizaciones internacionales siguiendo el método de las perspectivas, se justifica en la necesidad de ajustarse a las corrientes más recientes de estudio de dicha disciplina, las cuales le dan mayor importancia a los intereses económicos de los Estados, pues consideran que estos son resultado de la influencia de distintas entidades que participan en la formación de políticas públicas fundamentadas en consideraciones meta económicas.

I. EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO.

Las discusiones doctrinarias acerca de la naturaleza del Derecho Internacional Económico (DIE) parecen estar resueltas, a pesar de las posiciones que buscaban incluirlo dentro de otras disciplinas jurídicas como el Derecho Administrativo y el Derecho Internacional Privado, argumentando que su contenido y aspectos

• Juancarlos E. Vargas A.

Es Aspirante a Doctor en Ciencias Políticas por la Universidad Central de Venezuela (UCV), con Magíster en Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid, Especialista en Derecho y Política Internacionales (UCV) y Abogado. Es actualmente Profesor Asistente de Derecho Internacional Público de la Escuela de Derecho de la UCV y de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesor Agregado de la Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana; y actual Coordinador de la Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración del Centro de Estudios de Postgrado (FCJP, UCV).
juancarloiseisaku@gmail.com

relacionados con la diversidad de intercambios de bienes y factores de producción, así como por la amplia gama de sujetos involucrados, llegándose a afirmar que “un fraccionamiento de las relaciones jurídicas entre el Derecho Internacional Público y el Derecho nacional o entre el Derecho privado y el Derecho público desmembraría las relaciones fundadas por razón de la materia.¹

Se considera que por el hecho que el DIE tenga entre sus objetivos principales la promoción de los intercambios transfronterizos cuya regulación incluye normas de derecho interno, y aunque son innegables las diferencias entre el derecho interno y el derecho internacional, éste último se caracteriza porque los Estados siguen erigiéndose como pilares principales, siendo uno de los elementos atinentes a los Estados la soberanía, y el relativismo que ella implica, el cual se traduce en que estos sólo se obligan si manifiestan su consentimiento en obligarse, y los Estados no están obligados a someter sus diferencias a órganos jurisdiccionales de solución de controversias, a menos que lo hayan acordado de manera previa.²

El DIE es un sistema jurídico que principalmente regula las relaciones internacionales de carácter económico que se suscitan principalmente entre los Estados y los otros sujetos del Derecho Internacional. Este sistema jurídico que fue concebido para que coexistan normas internas e internacionales, es una rama especializada del Derecho Internacional Público.³

La anterior afirmación tiene su principal sustento en las fuentes y sujetos del Derecho Internacional Económico, pues éste tiene como fuentes de sus obligaciones no sólo las consideradas fuentes tradicionales del Derecho Internacional Público, que son las contenidas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, toda vez que el denominado *soft law* o derecho blando desempeña un rol protagónico dentro de esta rama del ordenamiento jurídico internacional. El *soft law* se caracteriza por ser normas creadas por órganos políticos y/o semi-jurídicos, razón por la cual no son estrictamente coercitivas ni vinculantes para los sujetos internacionales, pero además de servir de mecanismo pre-normativo, está más que comprobada que al interactuar con la costumbre internacional puede acelerar el proceso de creación de una norma consuetudinaria.⁴

La dinámica de globalización y los cambios que ella ha generado, han creado un nuevo centro de atención vinculado con los procesos de formación de las normas internacionales que ha adquirido mayor complejidad dadas las crecientes demandas de la sociedad civil por participar en dicho proceso.

1 HEDERGEN, M. *Derecho Económico Internacional*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 19.

2 Cfr. FERNANDEZ DE CASADEVANTE, C. *Derecho Internacional Público*, Dilex, Madrid, 2003, P. 117.

3 Cfr. QURESHI, A. *International Economic Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, pp. 6-8.

4 Cfr. *Ibidem*, p. 23.

Con relación a los sujetos del DIE, es de destacar que en esta rama del Derecho Internacional Público se ha intentado ampliar; al menos del ámbito teórico, la gama de sujetos tradicionales. Sobre el particular, Qureshi los agrupa en cuatro (4) categorías: Estados, organizaciones económicas internacionales, individuos y organizaciones no gubernamentales (ONG's), pero cada una de las mencionadas categorías presentan dificultades relacionadas con la claridad al momento de proceder a su identificación. El caso de los Estados es el que presenta menos dificultades, pues dentro de las Relaciones Económicas Internacionales ha proliferado la tendencia de crear categorías basadas en dos indicadores, como lo son: los niveles de desarrollo y las orientaciones de mercado.⁵

Llama la atención que el referido autor incluya dentro de los sujetos del Derecho Internacional Económico a las ONG's, pues atendiendo al concepto de subjetividad no son titulares de derechos y obligaciones en el plano internacional. No obstante, es innegable que son actores de las Relaciones Económicas Internacionales que cada día aumentan sus niveles de influencia en materias y foros relacionados con el DIE, como la protección del medio ambiente y de los derechos humanos de los trabajadores, al punto que la OMC como consecuencia de la presión de estas organizaciones, ha tenido que ampliar su mandato para ocuparse de dichas materias.

En cuanto a los individuos, la tendencia a partir de 1945 ha sido la del reconocimiento progresivo del *ius standi* precisamente en dos ramas del Derecho Internacional Público que logran su institucionalización tras la post guerra: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Económico, en el caso de este último los mecanismos arbitrales de solución de controversias como consecuencia de la violación por los Estados de los estándares que buscan proteger la inversión extranjera, y la creación y fortalecimiento de un Órgano de Solución de Diferencia dentro de la Organización Mundial del Comercio (OMC), son una manifestación de este fenómeno. En todo caso, es de resaltar que, en general, los individuos dentro del sistema internacional han desarrollado conciencia global, a través de la cual se produce la interacción tácita entre las normas y la manera en la cual estos influyen en su legalidad y legitimidad.

Por su parte, en el caso de las organizaciones económicas internacionales está claro que estas reflejan la voluntad de sus Estados miembros. Una de la principales preocupaciones del DIE se centra en ¿cómo hacer más efectivas estas organizaciones internacionales?, pues si bien es cierto proliferaron exponencialmente desde Bretton Woods, hoy día son objeto de críticas y de llamados para que éstas sean objeto de reformas.

5 Cfr. *Ibidem*, pp. 12-13.

En este orden de ideas, se señala que los mandatos de las organizaciones económicas internacionales deben ser revisados, a fines que se adapten con mayor facilidad a las transformaciones constantes del sistema económico global. Esta tarea no es fácil, debido a que en gran medida las dificultades se relacionan con que los mandatos originales no se adecuan a los retos de la sociedad internacional actual. Esto último se explica en que la mayoría de las organizaciones económicas internacionales fueron creadas en un escenario menos complejo e interdependiente.⁶

La revisión de las organizaciones económicas internacionales y en general el estudio del Derecho Internacional Económico debería tomar en consideración factores jurídicos, institucionales, económicos, y sociales, entre otros, esto puede lograrse a través de las perspectivas, pues el estudio de las perspectivas del DIE coadyuva a entender tanto su evolución como los factores que han incidido en él.⁷

II. PERSPECTIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO.

Como se mencionó, debido a la naturaleza de la rama del Derecho Internacional objeto de estudio, se hace necesario recurrir a distintas perspectivas de análisis. Las perspectivas del DIE están asociadas a consideraciones sobre los orígenes, desarrollo y funcionamiento de las Relaciones Económicas Internacionales, pero sobre todo se trata de una metodología o aproximación analítica para comprender al DIE.⁸

Para *Qureshi*, quien defiende la necesidad de disponer de una perspectiva ecléctica, es posible justificar las mencionadas perspectivas de análisis acudiendo a los siguientes motivos:

Para el buen desarrollo del orden económico internacional, una integración cierta (...). Desde un punto de vista práctico, las negociaciones internacionales sólo pueden ser facilitadas dentro de las diferentes perspectivas de los negociadores (...); y la percepción de las perspectivas provee las bases analíticas para evaluar críticamente del orden económico internacional.⁹

Visto que la comprensión del Derecho Internacional Económico está asociada a una metodología, por lo que es importante entender que las perspectivas se manejan en función de intereses, que guían estas perspectivas, esto lleva necesariamente a plantear la siguiente interrogante ¿Qué intereses son esenciales para el DIE?

6 Cfr. Kwakwa, E. "Institutional Perspective of International Economic Law", pp. 45-62, en QURESHI, A (Ed). *Perspectives in International Economic Law*, Kluwer International Law, Inglaterra, 2002, p. 31

7 Cfr. ENRÍQUEZ, D. "El Derecho Internacional Económico. Apuntes para una Crítica Contemporánea", en Anuario Mexicano de Derecho Internacional N° VI, UNAM, México, 2006.

8 Cfr. QURESHI, "A Perspectives in International Economic Law-An Eclectical Approach to International Economic Engagement", en QURESHI, A (Ed). *Perspectives in International Economic Law*, Kluwer International Law, Inglaterra, 2002, p. 31.

9 *Ibidem*, p. 10.

Uno de los aspectos más relevantes se relaciona con el rol que han desempeñado los países desarrollados al momento de la adopción de decisiones dentro de las organizaciones económicas internacionales desde Bretton Woods hasta nuestros días, pues si bien las organizaciones internacionales adoptan sus decisiones y desempeñan sus funciones atendiendo a las actuaciones e intereses de sus miembros, como se analizará en los puntos II.1 y II.2, estos intereses se han solapado, al punto de contribuir a generar conflictos entre estas organizaciones.¹⁰

Los intereses económicos de los Estados son el resultado de la influencia de distintas entidades que participan en la formación de políticas públicas fundamentadas en intereses económicos, pero también en consideraciones meta económicas, además están las organizaciones no gubernamentales, las cuales si bien cada día son más influyentes en el ámbito internacional al igual que los Estados, poseen intereses que no son fácilmente identificables.

La dificultad para lograr la identificación de los intereses estrictamente económicos hace necesario que se tomen medidas para asegurar una mayor y mejor gobernabilidad sobre las organizaciones económicas internacionales, para ello es necesario homogeneizarlas, democratizarlas, así como desarrollar procedimientos que permitan identificar los intereses. En este sentido, cabe mencionar que el Fondo Monetario Internacional (FMI) posee una política de seguimiento, y la Organización Mundial de Comercio (OMC) mantiene bajo constante supervisión las políticas y relaciones de sus miembros.¹¹

II. I. Perspectiva Institucional

La perspectiva institucional se centra básicamente en el estudio de los problemas que aquejan a las organizaciones internacionales desde la óptica del Derecho Internacional Económico. Al respecto, identifica como un problema de importancia, la poca efectividad de estas organizaciones, lo cual explica, en gran medida, argumentando que los mandatos originales de estas organizaciones han dejado de adecuarse a las necesidades y reto de la actual sociedad internacional.

En este orden de ideas, si bien está claro que cada una de las organizaciones económicas internacionales posee un mandato definido en sus respectivos tratados constitutivos, autores como Kwakwa sostienen que estas organizaciones no siempre se han mantenido dentro de los límites de sus funciones. Un ejemplo que refleja esta situación involucra al Banco Mundial, cuyo tratado de creación no contiene mención alguna a temas como la pobreza, equidad o el medio ambiente. No obstante, el Banco Mundial vincula al desarrollo aspectos que incluyen la gobernabilidad,

¹⁰ *Ibidem*, p. 11.

¹¹ *Ibidem*, p. 14.

regulación económica, reforma en los sistemas legales, políticas sociales y ambientales, de esta forma, el Banco Mundial amplió el alcance del contenido de su mandato. Esta situación se manifiesta en otras organizaciones, como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización Mundial del Comercio (OMC). Con relación al FMI se evidencia que también ha modificado su mandato inicial al involucrarse directamente en materia de regulaciones y condiciones políticas como requisito para el otorgamiento de financiamientos a los países en desarrollo. En el caso de la OMC llama la atención que si bien se concibió como el núcleo del sistema mundial de comercio, paulatinamente ha extendido su jurisdicción a materias como la protección del medio ambiente, la protección de las inversiones, estándares laborales, etcétera.¹²

Se sostiene que existen tres áreas en las que generan diferencias y confusión entre las organizaciones económicas internacionales: Comercio electrónico; propiedad intelectual; e inversiones extranjeras.

En materia de comercio electrónico hay varias organizaciones internacionales que durante los últimos años se han atribuido contar con los mecanismos idóneos para tratar este tema, concretamente: La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Banco Mundial (BM), la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), la Conferencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el Comercio (CNCYD) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).¹³ En el caso de la OMPI es de destacar la iniciativa denominada “**Domain Name Process**” para la cual trabajó conjuntamente con un actor no estatal de carácter privado, como lo es la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN). Por su parte, la UNCTAD se ha avocado a promover el comercio electrónico, a la vez que contribuye en su regulación. Además, La UIT ha desarrollado aplicaciones y servicios en esta materia, mientras que la OMC a través de algunos de sus comités se ha involucrado en el tema. Por último, la UNCITRAL preparó las denominadas normas modelos sobre el comercio electrónico y la OCDE estableció guías para proteger a los consumidores.¹⁴

La propiedad intelectual, que es otro tema de importancia en la agenda de las Relaciones Económicas Internacionales, debido a sus implicaciones socio económicas e impacto en los temas de desarrollo, se ha visto fortalecida por la adopción dentro del Acuerdo de Marrakech (1992) del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC

12 Cfr. KWAKWA, E. “International Perspective of International Economic Law”, pp. 45-62 en QURESHI, A (Ed). *Perspectives in International Economic Law*, Kluwer International Law, Inglaterra, 2002, p. 49

13 Estas dos últimas organizaciones son mejor conocidas por sus siglas en el idioma inglés UNCTAD y UNCITRAL, respectivamente.

14 Cfr. KWAKWA, E. Ob cit, p. 55.

o, TRIPS por sus siglas en inglés), a pesar que los ADPIC proponen un conjunto de principios en materia de propiedad industrial y propiedad intelectual, que buscan la armonización de estas materias con relación al comercio internacional, la OMPI que era antes de la creación de la OMC la única organización internacional de vocación universal con mandato en la materia, siguió promoviendo normas, afortunadamente durante el año 1995 se suscribió el Acuerdo de Cooperación Interinstitucional entre la OMC y la OMPI, el cual constituye uno de los ejemplos más notorios de complementariedad entre organizaciones económicas internacionales.¹⁵

La inversión extranjera directa es otra área que debido a su importancia tanto para el fortalecimiento del comercio como para el impulso del desarrollo ha propiciado que diferentes organizaciones internacionales promuevan tratados internacionales entre sus Estados miembros. Sobre el particular, cabe destacar que el Banco Mundial a través del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el cual fue creado por Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1966) ha sido la institución más eficaz en la materia, especialmente en materia de solución de diferencias entre inversionistas y Estados. No obstante, no se puede dejar de mencionar que la OCDE ha intentado promover sin éxito el Acuerdo Multilateral de Inversiones (MAI), y que la OMC también ha procurado la entrada en vigor de un tratado multilateral que regule la materia.¹⁶

II. 2. Perspectiva de los Estudios Socio-Legales.

Los estudios socio-legales también proveen herramientas para facilitar la comprensión del Derecho Internacional Económico, desde un enfoque que vaya más allá de lo estrictamente jurídico, toda vez que esta corriente facilita una aproximación para el entendimiento del impacto que tienen las normas jurídicas sobre los individuos y la contribución creciente que han venido adquiriendo estos en el proceso de creación y desarrollo de las normas, ello sin restarle importancia a la necesidad de comprender cómo las normas impactan en la vida cotidiana de las sociedades.

Para *Galligan* la aproximación socio legal es susceptible de ser formulada, sobre la base de dos elementos: El primero consiste en el examen del derecho como una formación social, y el otro es su interacción con otras formaciones sociales, esto teniendo presente en todo momento que el derecho es un fenómeno social.¹⁷ Considerando aspectos fundamentales que se manejan dentro de la perspectiva de los estudios socio-legales, se considera que es posible adelantar una aproximación entre el DIE y problemas relacionados con las organizaciones económicas

15 *Ibidem*, p. p. 55-57.

16 *Ibidem*, p. p. 57-58.

17 Cfr. GALLIGAN, D. *Law in Modern Society*. Oxford University Press, Clarendon Law Series. Inglaterra, 2007.

internacionales, para ello, es necesario considerar algunos de los retos que se deben enfrentar. Es menester hacer referencia a los siguientes tópicos considerados por el profesor **Paul Schiff Berman**:

Si bien está clara la noción que la aplicación de las normas internacionales por parte de los Estados dependen del consentimiento previo que hayan manifestado para obligarse por éstas, y que la autoridad en materia de jurisdicción se encuentra en los estados-nación que tienen fronteras definidas, se ha venido presentando un reto importante para los académicos en el tema de la jurisdicción, dados los efectos de la globalización en los flujos transfronterizos y el rol que juegan los actores trasnacionales con su consiguiente impacto en el sistema legal internacional. No obstante, es necesario tener en cuenta que las normas de DIE elaboradas por los Estados, pueden verse afectadas por las prácticas y consideraciones sociales susceptibles de influir en su aceptación, así como en el modo en que dichas normas son acogidas e incluso transformadas en el ámbito interno.¹⁸

En el marco de los estudios sobre el derecho, y en particular del derecho internacional, durante mucho tiempo, como lo plantea Galligan, se dejaron a un lado las consideraciones sociales, al hacerse énfasis en los mecanismos legales de carácter formal obviando la perspectiva del derecho como formación social, pues el derecho no es solamente un conjunto de reglas, tratados, prácticas y estándares, sino también está conformado por un número importante de interacciones sociales locales e institucionales que se retroalimentan e influyen en el proceso de formación y transformación de las normas. Precisamente, los estudios socio-legales permiten comprender la realidad actual y avanzar en el entendimiento de las redes de autoridades tanto gubernamentales como no-gubernamentales. Asimismo, facilitan asimilar el comportamiento de la sociedad civil global,¹⁹ y su impacto en la formulación de normas jurídicas dirigidas a atacar problemas trasnacionales.

El vínculo entre el derecho y la sociedad que plantea la corriente socio-legal parte de la distinción de tres tipos generales de normas, según los cuales en primer lugar, se encuentran las normas con líneas o directrices claras, de este modo es específica la obligación que estas implican; en segundo lugar, se encuentran aquellas cuya base está en la aplicación de un estándar general de carácter abierto e incluso abstracto, en este tipo de normas es fundamental comprender el entorno social en

18 Cfr. SCHIFF BERMAN, P. *From International Law to Law and Globalization*. Nelco, 2005 Artículo en línea). Disponible: http://lsr.nelco.org/lunconn_wps/2 (Consulta: 2011, Abril 2).

19 El término sociedad civil global hace referencia a la necesidad de un acuerdo político, económico y social a nivel global. Las crecientes demandas mundiales y los problemas que aquejan a la humanidad necesitan una respuesta construida a partir de acuerdos. Desde esta perspectiva la sociedad civil global se entiende como un sistema dinámico no gubernamental de instituciones y actores que se organizan sobrepasando las fronteras con el propósito de crear una red inclusiva que se exprese, actuando fuera de los límites de las estructuras gubernamentales (Véase KALDOR, M. *La Sociedad Civil Global. Una respuesta a la guerra*. Kriterion tus Quets Barcelona (1ª edición en español, traducción Dolores Urdina), 2005. Cfr. GALLIGAN, D. Ob cit, p. 145.

el cual se desarrollan; y por último apunta a un tercer tipo de normas en el cual la discrecionalidad es la base de su aplicación, en este caso también es relevante un estudio detallado del entorno social que la soporta.²⁰

La importancia que adquiere el estudio social para entender la norma viene dada por el contexto social de una regla, aún las más claras. Esto acarrea que el proceso de deliberación siempre tenga que ser revisado, no sólo en donde su significado es incierto, si no para determinar si hay contingencias contextuales que le agregan o califican la regla, aún hasta el punto de no aplicarla.²¹

Otro de los aspectos fundamentales que debe considerarse es el relativo al entendimiento del vínculo entre el derecho y la sociedad: "En los sistemas legales modernos, las reglas se han convertido en el principal vehículo legal para expresar las relaciones sociales, sostener sus fundamentos, y regularmente cambiarlas."²²

Asimismo, el reconocimiento de las normas se conecta directamente con su aceptación y aplicación, tanto por los órganos de los Estados como por los ciudadanos.²³ El estudio de las esferas sociales estructuradas permite entender la interacción entre los actores de la sociedad, sus prácticas, tradiciones e instituciones, así como su vinculación con las normas. Estas esferas sociales abarcan desde los núcleos familiares y las interacciones privadas, hasta las relaciones entre los individuos y el Estado, este razonamiento es estructurado por **Galligan** haciendo uso de tres consideraciones: el otorgamiento de beneficios y concesiones a los ciudadanos; los límites a los intereses privados y al accionar de los ciudadanos sujetos a castigo, y la restricción en el ejercicio de autoridad de los oficiales burocráticos; ahora bien, no se debe dejar de lado el vínculo existente en las relaciones inter-estatales que son abarcados por el Derecho Internacional Público.²⁴

II. 3. Perspectiva de la Justicia.

El tema de la justicia dentro del Derecho Internacional Económico está íntimamente vinculado con temas como el desarrollo, las expropiaciones, la soberanía y los recursos naturales no renovables.

Se ha señalado que el DIE debe englobar a la justicia y la equidad. Para ello, es menester "analizar la medida en la cual las normas satisfacen una justificada distribución de los costos entre los partícipes."²⁵ Además, se debe tratar de medir

20 Cfr. GALLIGAN, *Ob cit*, p. 55.

21 Cfr. *Ibidem*.

22 Cfr. *Ibidem*, p. 98.

23 Cfr. *Ibidem*, p. 104.

24 GALLIGAN, D. *Ob cit*, p. 122.

25 ENRIQUEZ, D. *Ob cit*, p. 263.

si los mencionados partícipes del sistema consideran que las normas son creadas y aplicadas de forma idónea.²⁶

Franck al abordar la relación entre la justicia distributiva y el Derecho Internacional Económico, así como al señalar que ésta proporciona un acercamiento analítico, es quien más ha aportado a esta perspectiva. Este autor identifica la relación entre DIE y justicia en áreas como la protección del medio ambiente y el comercio internacional; desarrollo, inversión y recursos naturales no renovables, entre otras.²⁷ La manera como **Franck** aborda la justicia es cónsona con los preceptos de Rawls desde el punto de vista sustantivo (justicia distributiva) y adjetivo (proceso de creación de las normas).

Es oportuno mencionar que la teoría de Rawls de la justicia distributiva interna se extendió al ámbito internacional como consecuencia de la creciente interdependencia económica internacional.²⁸

Ahora bien, retomando lo relativo a los puntos de vistas sustantivos y adjetivos de la justicia, se tiene que el primero, por estar vinculado a la justicia distributiva se debe considerar que una mejor distribución global está asociada a la reforma de las organizaciones económicas internacionales.

Por su parte, el elemento adjetivo como se indicó, está asociado al proceso de creación de las normas y obligaciones internacionales, y aunque si bien los Estados sólo se obligan si manifiestan su consentimiento, es frecuente que los Estados en desarrollo cuestionen determinadas normas internacionales argumentando que no son equitativas por responder a los intereses de las potencias económicas. Al respecto, **Franck** señala que las normas deben ser legítimas, acorde con los supuestos de aplicación y coherente con la realidad de la sociedad internacional.²⁹

Uno de los principales retos del DIE es como lograr que las organizaciones económicas internacionales sean más justas.

II. 3. I. Perspectiva sobre el Rol que debe desempeñar la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

Esta perspectiva se centra en el debate sobre la posibilidad que la Corte Internacional de Justicia desempeñe un rol más activo en la solución de controversias que se originen por el incumplimiento de obligaciones de Derecho Internacional Económico.

26 Ibidem, p. 263.

27 Cfr. FRANCK, T. *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, Reino Unido, 1995.

28 Cfr. BEITZ, CH. *Political Theory and International Relations*, Princeton University Press, New Jersey, 1979.

29 Cfr. FRANCK, T. *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford University Press, Reino Unido, 1990.

Qureshi considera que la importancia de la CIJ para el DIE ha sido eclipsada por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC y el CIADI.³⁰ Por su parte, **Petersmann** considera que no existe duda acerca que la CIJ puede asumir un rol más activo para la solución de disputas relacionadas con el DIE.³¹ Para **Wellens** la CIJ posee atribuciones que le permiten asegurar libertades fundamentales para el desarrollo del comercio internacional y de la inversión extranjera. En este sentido, se indica que la Corte tiene atribuciones que le permiten, entre otros aspectos: asegurar la soberanía sobre los recursos naturales no renovables, así como sobre determinados espacios territoriales vinculados a la actividad económica. Asimismo, la CIJ es intérprete por excelencia de los tratados internacionales, incluyendo los Tratados sobre Amistad, Comercio y Navegación, y los Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI's). Finalmente, la CIJ provee un foro para los denominados **outsiders** del DIE, que son aquellos Estados que se han rehusado a vincularse a los regímenes económicos y financieros.³²

II. 4. Perspectiva sobre la Gobernabilidad de la Globalización.

Esta perspectiva ha sido defendida por el profesor **Grahame Thompson**, quien parte de una premisa cuyo fundamento es criticar las teorías que fundamentan en torno a la dinámica de globalización los problemas relacionados no sólo con la gobernabilidad dentro de las organizaciones económicas internacionales sino también en la principal explicación para un número importante de temas que van desde los políticos-sociales hasta los culturales.³³ Para este autor la globalización carece de argumentos sólidos para explicar el funcionamiento de las Relaciones Económicas Internacionales, debido a que el denominado "sistema global" está siendo regido por las fuerzas incontrolables del mercado financiero internacional, así como por las inversiones extranjeras, y es controlado por grandes compañías transnacionales, esta situación ha limitado a los Estados a promover sus actores económicos locales para que compitan eficazmente en el plano internacional, y a procurar convertirse en destinos de interés para los inversionistas extranjeros.³⁴

Tradicionalmente, la globalización se vincula a la clara pérdida de las fronteras del quehacer cotidiano en los distintos ámbitos de la economía, la información, la ecología, la técnica, los conflictos transculturales y la sociedad civil.³⁵

30 Cfr. QURESHI, A (Ed). "*Perspectives in International Economic Law*", Kluwer International Law, Inglaterra, 2002, p. 21.

31 Cfr. PETERMANN, E. Dispute Settlement in International in International Economic Law. Disponible: http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdfmpunyb/petersmann_3.pdf (Consulta: 2011, julio 25).

32 Cfr. WELLENS, K. Economic Conflicts and Disputes before the World Court (1922-1995), 1996, citado por PETERMANN, E. "Dispute Settlement in International in International Economic Law", Disponible: http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdfmpunyb/petersmann_3.pdf (Consulta: 2011, julio 25).

33 Cfr. THOMPSON, G. "*Perspective on Governing Globalization*", pp. 32-43, en QURESHI, A (Ed). *Perspectives in International Economic Law*, Kluwer International Law, Inglaterra, 2002.

34 *Ibidem*, p. 31.

35 Cfr. BECK, U. *¿Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Paidós. Barcelona, 1998. p. 42.

Para Thompson el concepto más ampliamente usado de globalización es el que proporcionó la Comisión Europea, el cual indica que ésta “es un proceso a través del cual los mercados y la producción de diferentes Estados está convirtiéndose más interdependiente de manera paulatina, debido a las dinámicas del comercio (bienes y servicios), así como a los flujos de capital y tecnología.”³⁶

La anterior definición de globalización es criticada por considerarse que se confunde con la “internacionalización de la actividad económica”, y además se cuestiona que la economía internacional no haya alcanzado una verdadera integración. Asimismo, se recurre al concepto de la “triada” para argumentar que la interdependencia de la economía, que se ha utilizado para explicar la globalización es inexistente, debido a que desde la década de los noventa la economía mundial ha estado motorizada por una triada, representada por los Estados Unidos, Europa Occidental y Asia (Japón y Asia oriental). Además, se recurre a las cifras arrojadas por los productos internos brutos (PIB) de los Estados para explicar que las economías de las triadas fueron responsables de la mayoría de las transacciones comerciales desde mediados de los noventa, acumularon el sesenta y seis por ciento (66%) del stock mundial en materia de inversión extranjera, y además fueron responsables, en cierta medida, del aumento de la inversión extranjera directa.³⁷

Cabe destacar, que se reconoce que la República Popular China ha venido convirtiéndose en el principal receptor de inversión extranjera entre los Estados en desarrollo, pero que esta situación debe ser analizada de forma particular; toda vez que a diferencia de lo que ocurre con los países de la triada, ésta inversión extranjera puede depender de la relación de China con otros Estados adyacentes que han contribuido a crear mercados subregionales (*clusters*) como Corea del Sur, Singapur, y Hong Kong, entre otros. Asimismo, se ha empezado a identificar la existencia de un fenómeno que estaría alterando las cifras relacionadas con la inversión extranjera directa, debido a las dificultades crecientes para identificar dónde exactamente se origina una determinada inversión.³⁸

Una vez esbozada la perspectiva sobre la gobernabilidad de la globalización, la cual se basa en restarle importancia a dicha dinámica bajo el pretexto de la existencia de un sistema trilateral. Esto lleva a que se proponga no una respuesta global, sino que sean los Estados de la Triada (Estados Unidos, Europa Occidental y Asia), quienes impulsen los mecanismos de gobernabilidad que permita dirigir el sistema económico internacional. Para ello, no se propone el fortalecimiento de las principales organizaciones económicas internacionales como el Banco Mundial, el FMI, o la OMC, sino que se acude a **Reinicke**, quien propone dejar a un lado la gobernabilidad tradicional que ha involucrado principalmente a organizaciones

36 Cfr. Comisión Europea, 1997, p. 45, citado por THOMPSON, G. Ob cit, p. 32.

37 Ibidem, p. 34.

38 Ibidem, pp. 36-37.

internacionales y/o mecanismos supranacionales. En este sentido **Reinicke** sugiere mayor participación del sector privado en la toma de decisiones como medio para alcanzar la gobernabilidad, esto se lograría a través de una mayor delegación de la actividad regulatoria en el sector privado.³⁹

La principal dificultad que Thompson reconoce a su propuesta está vinculada a las dificultades para conciliar los intereses de los tres bloques que han dominado la economía, pues si bien el sector privado va a desempeñar un rol más activo debe ser monitoreado y guiado por la triada.⁴⁰

III. LA GOBERNABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES.

En el sistema internacional actual es indudable la expansión de la democracia como modelo político predominante en los Estados. Durante el siglo XX se produjeron una serie de cambios políticos orientados hacia la instauración de los preceptos democráticos en los distintos niveles (local, regional, global), consideramos que ese proceso global sustentado en la democratización puede funcionar como guía para el desarrollo y formación del derecho internacional.

Dicho planteamiento está relacionado con el impacto de la democracia en el sistema internacional, donde un número importante de organizaciones internacionales promueven entre sus miembros la existencia de sistemas democráticos⁴¹, ahora bien, esos sistemas no sólo deben ser medidos desde el punto de vista de la existencia o no de elecciones, sino que es necesario considerar que en el seno de los Estados, las sociedades están demandando tener una mayor participación en todas las decisiones y políticas que les impacten de manera directa, es por ello que actualmente hay cambios políticos que oscilan hacia dirección democrática en todos los niveles de la sociedad (locales, regionales y globales).⁴²

Como se ha señalado, las organizaciones económicas internacionales deben ser objeto de reformas, pues no sólo se critica la poca efectividad que han demostrado para resolver los principales problemas de la agenda económica internacional, sino que además contribuyen a la fragmentación del Derecho Internacional, la cual es consecuencia directa de la proliferación de organizaciones internacionales, y especialmente de la tendencia a solapar funciones a la que hicimos referencia en el punto II. I.

39 REINECKE, W. *Global Public Policy: Governing Without Government?*, the Brookings, Washington, D. C., 1998.

40 Thompson, G. Ob cit, p. 42.

41 Cfr. BURCHILL, R. "The Developing International Law of Democracy", en Review Article, in *Modern Law Review* (MLR 64:1 January), Blacwell Publishers, Oxford.

42 *Ibidem*, p.124

Lo anterior ha traído como consecuencia que Giddens haya propuesto la creación de una organización internacional que integre en un solo órgano a la OMC, el Banco Mundial, el FMI, pudiendo la OCDE liderizar los cambios necesarios para lograr una mayor gobernabilidad.⁴³

Esta propuesta no ha tenido mayor acogida debido a que se cuestiona la creación de una super organización internacional que replicaría el modelo de las actuales organizaciones internacionales, y en consecuencia sus fallas y debilidades.

Es importante tomar en consideración que el llamado fenómeno de las organizaciones internacionales que se inicia con la creación de la ONU, y de otras organizaciones como: la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Unión de Estados Africanos (hoy día Organización para la Unidad Africana), pusieron de manifiesto *ad inicum* que las élites político-jurídicas serían las encargadas del proceso de toma de decisiones, las cuales con mucha frecuencia no han estado acordes con las necesidades e intereses de los individuos a quienes dichas normas afectan.⁴⁴

Es innegable que las organizaciones económicas internacionales deben ser reformadas, pero para ello es imprescindible evitar cometer los errores del pasado, es decir se deben evitar que las élites dominantes lleven a cabo este proceso, de allí que la deliberación se fundamental en este proceso. En este sentido cabe destacar que

(...) muchas de las decisiones que se adoptan dentro de las organizaciones internacionales, bajo preceptos de gobernabilidad global no se basan en intereses y necesidades de los afectados sino de las élites políticas, económicas y legales, lo cual debilita el reconocimiento de las instituciones de gobernabilidad global, cuando la Unión Europea o los órganos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte Tratado (TLCAN), incluso organizaciones con vocación universal como la Organización Mundial del Comercio (OMC), o la propia Organización de las Naciones Unidas (ONU) no fundamentan democráticamente sus decisiones, tomando en consideración a las personas afectadas por sus normas, regulaciones o políticas.⁴⁵

En este orden de ideas, se considera que son más viables las formulas que reconocen la estrecha relación entre derecho, soberanía y sociedad para adelantar la

43 GIDDENS, A. *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*, Polity Press, Inglaterra, 1998.

44 Vargas, J y Manno, S. "La Resolución de Conflictos en el Sistema Internacional: Gobernabilidad Global y Democracia Cosmopolita", pp. 221-260, en *Mundo Nuevo*. Revista de Estudios Latinoamericanos, N° 5 (Enero-Junio, 2011), Universidad Simón Bolívar, Caracas, 2011, p. 223.

45 GOULD, C. *On the Uneasy Relation Between International Law and Democracy*, en *Ilsa Journal of International & Comparative Law*, Sf.

reforma de las organizaciones económicas internacionales, que las tesis que buscan transmitir el control al sector privado, pues debemos reiterar que el Derecho Internacional Económico como rama especializada del Derecho Internacional Público posee un proceso de creación de normas y obligaciones que se fundamenta en la soberanía.

Con relación a la globalización, se considera que derecho y globalización deben ser estudiados y analizados en el contexto de la sociedad internacional.

IV. CONCLUSIONES.

El Derecho Internacional Económico es una rama especializada del Derecho Internacional Público, que posee un proceso de creación de normas y obligaciones internacionales que aún se fundamenta en la soberanía, y especialmente en el relativismo que esta implica, el cual se traduce en que los Estados, que son los principales sujetos del DIE sólo se obligan si manifiestan su consentimiento.

Una de las preocupaciones del Derecho internacional Económico en la actualidad se centra en ¿cómo hacer más efectivas estas organizaciones internacionales?, pues si bien es cierto proliferaron exponencialmente desde Bretton Woods, hoy día son objeto de críticas y de llamados para que éstas sean objeto de reformas.

Se señala que los mandatos de las organizaciones económicas internacionales deben ser revisados, a fines que se adapten con mayor facilidad a las transformaciones constantes del sistema económico global. Esta tarea no es fácil, debido a que en gran medida las dificultades se relacionan con que los mandatos originales no se adecuan a los retos de la sociedad internacional actual. Asimismo, se cuestiona la poca efectividad que han demostrado para resolver los problemas de la agenda económica internacional, señalándose que además contribuyen a la fragmentación del Derecho Internacional, la cual es consecuencia directa de la proliferación de organizaciones internacionales, y especialmente de la tendencia a duplicar funciones.

Luego de considerar cada una de las perspectivas de análisis del DIE, se puede concluir que la aproximación ecléctica, que combina aspectos jurídicos, políticos y socio-económicos es la más viable para llevar a cabo el proceso de reforma de las organizaciones económicas internacionales.

V. BIBLIOGRAFÍA

BECK, U. *¿Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Paidós. Barcelona, 1998.

BEITZ, CH. *Political Theory and International Relations*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1979.

BURCHILL, R. "The Developing International Law of Democracy", en Review Article, in *Modern Law Review* (MLR 64:1 January), *Blacwell Publishers, Oxford*.

ENRÍQUEZ, D. "El Derecho Internacional Económico. Apuntes para una Crítica Contemporánea", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* N° VI, UNAM, México, 2006.

FERNANDEZ DE CASADEVANTE, C. *Derecho Internacional Público*, Dilex, Madrid, 2003.

FRANCK, T. *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford University Press, Reino Unido, 1990.

FRANCK, T. *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, Reino Unido, 1995.

GALLIGAN, D. *Law in Modern Society*. Oxford University Press, Clarendon Law Series. Inglaterra, 2007.

GIDDENS, A. *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*, Polity Press, Inglaterra, 1998.

GOULD, C. *On the Uneasy Relation Between International Law and Democracy*, en *Ilsa Journal of International & Comparative Law*, Sf.

HEDERGEN, M. *Derecho Económico Internacional*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

KWAKWA, E. "Institutional Perspective of International Economic Law", pp. 45-62, en QURESHI, A (Ed). *Perspectives in International Economic Law*, Kluwer International Law, Inglaterra, 2002, p. 31.

PETERMANN, E. *Dispute Settlement in International in International Economic Law*. Disponible: http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdfmpunyb/petersmann_3.pdf (Consulta: 2011, julio 25).

QURESHI, A. *International Economic Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999.

QURESHI, "A Perspectives in International Economic Law-An Eclectical Approach to International Economic Engagement", en QURESHI, A (Ed). *Perspectives in International Economic Law*, Kluwer International Law, Inglaterra, 2002.

REINECKE, W. *Global Public Policy: Governing Without Government?, the Brookings, Washington, D. C, 1998.*

SCHIFF BERMAN, P. *From International Law to Law and Globalization*. Nelco, 2005 Artículo en línea). Disponible: http://sr.nelco.org/unconn_wps/2 (Consulta: 2011, Abril 2).

THOMPSON, G. "*Perspective on Governing Globalization*", pp. 32-43, en QURESHI, A (Ed). *Perspectives in International Economic Law*, Kluwer International Law, Inglaterra, 2002.

VARGAS, J y Manno, S. "*La Resolución de Conflictos en el Sistema Internacional: Gobernabilidad Global y Democracia Cosmopolita*", pp. 221-260, en Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos, N° 5 (Enero-Junio, 2011), Universidad Simón Bolívar, Caracas, 2011.

WELLENS, K. *Economic Conflicts and Disputes before the World Court (1922-1995)*, 1996, citado por PETERMANN, E. "Dispute Settlement in International in International Economic Law", Disponible: http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdfmpunyb/petersmann_3.pdf (Consulta: 2011, julio 25).



EL CONTROL JUDICIAL EN EL DESPACHO DE LA EJECUCIÓN
DE LAUDO ARBITRAL

JUDICIAL CONTROL IN THE OFFICE OF THE
IMPLEMENTATION OF AWARD

Rev. boliv. de derecho n° 13, enero 2012, ISSN: 2070-8157, pp. 136-153



Virginia
PARDO
IRANZO

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de julio de 2011

ARTÍCULO APROBADO: 7 de septiembre de 2011

RESUMEN: El principio de la autonomía de la libertad permite a las personas, cuando se trata de derechos disponibles, acudir para solucionar sus conflictos a mecanismos alternativos a la jurisdicción. Uno de estos mecanismos es el arbitraje, que es configurado como una verdadera alternativa puesto que la ley otorga a la resolución arbitral la misma eficacia –cosa juzgada y ejecutividad- que a las sentencias. Ahora bien, como el proceso de ejecución siempre es judicial es necesario precisar si el juez debe limitarse a ejecutar el laudo o tiene también –y en que extensión- facultades de control.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje, laudo, títulos ejecutivos, proceso de ejecución, control judicial

ABSTRACT: The principle of autonomy allows people freedom, when these rights are available, go to solve their disputes to alternative mechanisms of these mechanisms is jurisdiction. One arbitration, which is configured as a real alternative because the law grants the arbitral decision-things equally well judged and executed, than to the sentences. Now well as the process of judicial execution is always necessary to specify whether the judge should simply enforce the award or have too, and that extension-control capabilities.

KEY WORDS: Arbitration award enforceable, implementation process, judicial.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PROCESO DE EJECUCIÓN DEL LAUDO: ASPECTOS GENERALES. 1. El laudo como título ejecutivo. 2. Normativa aplicable: la configuración de la ejecución del laudo como ejecución de título ejecutivo judicial. 3. Inicio de la ejecución. III. LA EXTENSIÓN DEL CONTROL JUDICIAL AL DESPACHAR EJECUCIÓN. 1. Planteamiento general. 2. Sobre la posibilidad de examinar la decisión adoptada por los árbitros. 3. Control de los motivos de anulación. A) Sobre la posibilidad de examinar que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje. B) Sobre la posibilidad de verificar que el laudo es contrario al orden público. C) Imposibilidad de controlar de oficio los motivos de anulación del art. 63, parágrafo segundo LAC. 4. Verificación de los requisitos y presupuestos procesales. IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Es por todos conocido que el arbitraje es un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos, alternativo a la jurisdicción, con fundamento en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados¹. Cuando se trata de derechos disponibles las personas pueden desdeñar la vía jurisdiccional y acudir al arbitraje para resolver sus controversias presentes o futuras, asimilándose el laudo arbitral en cuanto a eficacia (cosa juzgada y ejecutividad) a la sentencia. Y, desde luego, no cabe entender que por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva.

La propia Ley de Arbitraje y Conciliación (desde ahora LAC) en su artículo primero se refiere al arbitraje y a la conciliación como medios alternativos de solución de controversias y, a continuación (art. 2 LAC), recoge el principio de libertad como base o fundamento del arbitraje –también de la conciliación–. Con todo la labor de los árbitros llega hasta donde alcanza la autonomía de la voluntad de las partes precisándose la intervención de los órganos jurisdiccionales cuando sea necesario ir más allá.

La intervención judicial en el arbitraje puede ser de dos tipos. En ocasiones se trata de supervisar procedimental o materialmente la regularidad del arbitraje, por ejemplo cuando se solicita a la autoridad judicial que conforme el tribunal arbitral

¹ La denominación tradicional de las ADRs –*Alternative Dispute Resolución*– ha ido evolucionando hacia otra –*Adequate Dispute Resolutions*– que pone el énfasis en que estamos ante mecanismos adecuados de solución de conflictos y no meras soluciones alternativas a los tribunales (Vid. BARONAVILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, en *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Civitas, 2007, pp. 28-29).

en los supuestos del artículo 22 LAC. En otras, se trata de integrar la limitación de poderes de los árbitros. Ejemplo típico de ésta es la realización del proceso de ejecución, que tiene carácter exclusivamente judicial al carecer los árbitros de potestas o imperium². En palabras de D'ORS hemos de distinguir entre auctoritas –la verdad socialmente reconocida, que supone la facultad de decir el derecho en el caso concreto- y potestas o imperium –el uso de la fuerza, el poder-. La primera se puede atribuir a los árbitros la segunda corresponde exclusivamente al Estado³.

A pesar de que cuando las partes acuden al arbitraje han manifestado su voluntad expresa de someterse a este mecanismo heterocompositivo de solución de controversias y a pesar también de que de ello tal vez cabría deducir una intención de cumplimiento voluntario de la resolución del conflicto dictada por el árbitro, lo cierto es que no siempre es así. En los casos de incumplimiento, si la parte quiere ver satisfecho su derecho debe acudir a los órganos jurisdiccionales solicitando la ejecución de lo resuelto⁴. Ya sabemos que al ser la actividad ejecutiva sustitutiva de la conducta que debería haber realizado el ejecutado, el Tribunal tiene potestad para hacer aquello que puede realizar el deudor; pero no puede ir más allá. Igualmente, el ejecutado puede poner fin a la ejecución en cualquier momento –realizando él mismo la prestación a la que ha sido condenado⁵–.

II. EL PROCESO DE EJECUCIÓN DEL LAUDO: ASPECTOS GENERALES

I. El laudo como título ejecutivo

Establece el artículo 486 del Código de Procedimiento Civil (desde ahora, CPC) que se procederá ejecutivamente siempre que en virtud de título que tuviere fuerza de ejecución se solicite el pago o cumplimiento de una obligación, siendo los títulos ejecutivos, con carácter general, los establecidos en el artículo siguiente (el 487 CPC). El artículo 487 CPC recoge dos clases de títulos: los judiciales (ej. la sentencia) y los extrajudiciales (ej. los documentos privados reconocidos o tenidos por tales por juez competente) estableciéndose, en ocasiones, respecto del desarrollo de la

2 Parte de la doctrina considera que es necesario plantear plantearse la posibilidad de permitir al árbitro, o incluso a la institución arbitral, caso de intervenir, "actuar en el ámbito de la ejecución... si lo acordaran las partes y lo aceptara el árbitro, en todo aquello que no requiera el respaldo de la fuerza, incluso, si se estimara conveniente, manteniendo un cierto control de la actividad por los tribunales jurisdiccionales. La agilidad en la ejecución, que posiblemente esta medida pudiera comportar ayudaría a potenciar el arbitraje" (FRANCO ARIAS, J., "La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de Arbitraje del 2003", en *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 5, año 2004, p. 186). En el mismo sentido también LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, 60/2003, de 23 de diciembre, 2004, p. 407.

3 *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, 1963, pp. 19 y ss.

4 Como afirma ALMAGRO NOSETE "la elección de la ejecución sirve para columbrar, desde la atalaya de los resultados, la eficacia de un sistema y, sobre todo, nos sitúa en el *punctum pluriens* de las inevitables paradojas del arbitraje que, ideado para liberarse de la jurisdicción estatal, necesita finalmente de su cooperación eficaz" ("La ejecución del laudo arbitral" en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, UNED, Madrid, núm. 0, 1988, p. 15).

5 MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 391-392.

ejecución regulación distinta en atención a la clase de título a ejecutar (judicial o extrajudicial).

Entre los títulos ejecutivos contenidos en el artículo 487 CPC no se encuentra el laudo arbitral; la condición de título de ejecución de éste se la concede la propia LAC que tras afirmar que “el laudo ejecutoriado tendrá valor de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y será de obligatorio e inexcusable cumplimiento” (art. 60, II LAC), señala en su artículo 68 que “consentido o ejecutoriado el laudo y vencido el plazo fijado para su cumplimiento la parte interesada podrá solicitar su ejecución forzosa ante la autoridad judicial competente del lugar donde se haya dictado el laudo”.

Por tanto, dictado el laudo por los árbitros frente al mismo solo cabe “recurso” de anulación (art. 62 y ss de la LAC); declarado improcedente el mismo o transcurrido el plazo de 10 días para interponerlo sin haber sido interpuesto, el laudo se convierte en firme –“queda ejecutoriado”-, alcanza cosa juzgada y tiene el mismo valor que una sentencia (art. 60 LAC) siendo posible la solicitud de su ejecución ante la autoridad judicial competente (art. 68 LAC). Si la parte solicita la ejecución del laudo y el ejecutado se opone alegando la existencia de recurso de anulación pendiente, el tribunal suspenderá la ejecución hasta que el recurso sea resuelto (art. 70, II LAC).

2. Normativa aplicable: la configuración de la ejecución del laudo como ejecución de título ejecutivo judicial

Por lo que a la normativa a aplicar refiere, la Ley de Arbitraje y Conciliación dedica tan solo tres artículos a la ejecución del laudo: el 68, el 69 y el 70, que conforman el Capítulo VII –titulado “Reconocimiento y ejecución de laudos”- del Título I –rubricado “Del Arbitraje”- de la Ley. Estos preceptos no contienen, como es evidente, toda la normativa a aplicar cuando hay que ejecutar una resolución arbitral sino que se limitan a establecer una serie de particularidades del proceso de ejecución cuando el título a ejecutar es un laudo. Así por ejemplo, la parte que solicite la ejecución de una resolución arbitral deberá acompañar a la demanda ejecutiva los documentos a los que se refiere el artículo 69 LAC.

Aunque la Ley de Arbitraje y Conciliación no se remite expresamente a la regulación de la ejecución en el Código de Procedimiento Civil, lo cierto es que para aquellos aspectos no contemplados en la Ley reguladora del arbitraje –que como he dicho únicamente recoge las especialidades de la ejecución cuando el título es el laudo- se aplican las normas de la Ley procesal civil. Así, por ejemplo, si el laudo condena a una obligación de no hacer serán de aplicación los artículos 522 y ss del CPC. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que como el laudo es título ejecutivo de

carácter judicial (“el laudo ejecutoriado tendrá valor de sentencia...”, art. 60, II LAC) los preceptos aplicables son los relativos a la ejecución de sentencia.

El Código de Procedimiento Civil distingue dos clases de proceso de ejecución –el juicio ejecutivo y la ejecución de sentencia- y aunque existen normas aplicables a ambos tipos de procesos, hay otras que solo se refieren a uno de ellos. Por ejemplo, si el título es extrajudicial –ej. en un documento público- en atención al artículo 49 I CPC el juez ha de intimar de pago al deudor; en cambio la intimación no se realiza si el título es judicial y tampoco, por tanto, cuando se ejecuta un laudo⁶.

En conclusión, el proceso de ejecución del laudo es el regulado en el CPC para las sentencias puesto que estamos ante un título asimilado a los judiciales; a esa normativa hay que añadir las especialidades que la propia Ley de Arbitraje y Conciliación establece en los artículos 68 a 70. Estas especialidades van referidas a los siguientes aspectos:

- Órgano judicial competente (art. 68 LAC): el del lugar donde se haya dictado el laudo.

- Documentos a acompañar a la demanda ejecutiva (art. 69 LAC): el convenio arbitral, el laudo –enmiendas, complementaciones y aclaraciones del mismo, en su caso- y comprobantes de notificación a las partes.

- Aspectos procedimentales (art. 70 LAC): sobre una “especial” oposición a la ejecución –extensión de la misma y momento para plantearla- y respecto de la amplitud del control judicial en la ejecución del laudo⁷.

6 Ahora bien, en atención al artículo 57 LAC el laudo que condene a una cantidad de dinero especificará en su parte dispositiva “la correspondiente suma líquida...”. Por tanto, al igual que los títulos extrajudiciales si contienen deudas de dinero ésta ha de ser líquida (art. 450, II CPC) también el laudo habrá de fijar la cantidad líquida a pagar, y ello a pesar de que las sentencias pueden condenar a cantidad líquida o ilíquida (véase art. 519 CPC).

7 La Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) dedica tan solo dos artículos a la ejecución del laudo: el 44 y el 45, que conforman el Título VIII de la Ley, rubricado “De la ejecución forzosa del laudo”. Según el primero de ellos “la ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título”. Se trata como vemos de una norma de remisión; por tanto, la regulación aplicable es la general para la ejecución, contenida en la ley procesal civil, a la que hay que añadir las especialidades que para el supuesto de ejercicio de la acción de anulación se recogen en el artículo 45 LA.

La remisión nos parece una buena solución porque, como se pone de manifiesto en la propia Exposición de Motivos de la LA (IX), la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene todas las normas, tanto generales como específicas, sobre la materia. En ella se parte de la asimilación entre sentencia y laudo (vid. entre otros, arts. 518, 548, 556 LEC) de forma que el proceso de ejecución configurado para las resoluciones jurisdiccionales es el apropiado también para ejecutar las arbitrales. De esa asimilación da buena fe también la jurisprudencia española que en sus resoluciones habla de equiparación entre los títulos ejecutivos judiciales y el laudo. Por poner solo un ejemplo de los muchos pronunciamientos en ese sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de septiembre de 2006 (EDJ 2006/303734) indica que “el laudo firme de condena es título que lleva aparejada ejecución estando equiparado a la sentencia o auto judicial ejecutable...”.

Pero además a efectos de ejecución el laudo se considera título ejecutivo judicial aplicándosele, en consecuencia, la normativa correspondiente a esta clase de títulos; y ello es así lo diga expresamente el precepto en cuestión o no y salvo que el artículo no resulte aplicable por ser específico de las sentencias o porque la materia no ha podido ser objeto de arbitraje. Quizá con varios ejemplos se entienda mejor lo que quiero decir:

- I. El art. 521. I LEC señala que no cabe despachar ejecución de sentencias meramente declarativas y constitutivas sin hacer mención expresa del laudo al que, no obstante, debe serle de aplicación también

3. Inicio de la ejecución

El proceso de ejecución del laudo se inicia –como todo proceso de ejecución- a instancia de parte (principio dispositivo) mediante escrito en forma de demanda que deberá reunir los requisitos generales contemplados en los artículos 327 y 92 y ss del CPC. Además, al promover la ejecución, el acreedor podrá solicitar las medidas precautorias convenientes a su derecho (art. 523 CPC modificado por el art. 36 de la Ley de Abreviación procesal civil y asistencia familiar –desde ahora LAPyAF). A la demanda ejecutiva deberá acompañar el ejecutante los siguientes documentos (art. 69 LAC): 1. El convenio arbitral celebrado entre las partes. 2. El laudo arbitral y las enmiendas, complementaciones y aclaraciones al mismo. 3. Los comprobantes o constancias escritas de notificación a las partes con el laudo.

Interpuesta la demanda ejecutiva el juez dará traslado de la misma a la otra parte para que responda dentro de los 4 días siguientes a su notificación (art. 70, I LAC). El fundamento de esta previsión es claro: como no es posible la ejecución provisional del laudo debe advertírsele al juez de que hay un recurso de anulación pendiente para que, en ese caso, suspenda la ejecución. En el plazo de 4 días el ejecutado también puede alegar cumplimiento de la obligación pero, en este momento inicial no cabe ninguna oposición más; de hecho la autoridad judicial desestimará sin trámite alguno las oposiciones fundadas en argumentos diferentes de los anteriormente señalados o cualquier incidente que pretenda entorpecer la ejecución solicitada (art. 70, III LAC).

este precepto. Partiendo de que las resoluciones arbitrales igualmente pueden contener prestaciones mero-declarativas y constitutivas es más que evidente que tampoco los laudos que comprenden prestaciones de este tipo son ejecutables, puesto que la no ejecutabilidad no es consecuencia del título en el que se recoge la pretensión sino de la pretensión misma –de su naturaleza-. De hecho, si nos fijamos en los motivos de oposición a la ejecución por defectos procesales vemos que el artículo 559. 1. 3° LEC, relativo a la posible oposición por no contener el título pronunciamiento de condena, si se refiere expresamente al laudo (“Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena...”).

- 2. Sobre la aplicabilidad del artículo 563 LEC (titulado “Actos de ejecución contradictorios con el título ejecutivo *judicial*”) a los laudos se ha pronunciado expresamente la jurisprudencia. Según la Audiencia Provincial de Barcelona “el artículo 563 LEC se ha previsto para ejecuciones que contradigan títulos judiciales, tratándose este caso de un laudo arbitral firme. Pero encontramos que entre los dos supuestos existe identidad de razón, lo que permite, según el artículo 4. I del Código Civil, aplicar el precepto analógicamente.

En efecto, el laudo arbitral puede contener y de hecho contiene en la práctica, condenas dinerarias y de cualquier otro tipo, perfectamente vinculantes y ejecutivas, equiparadas en muchos aspectos a las resoluciones judiciales. De hecho, el mismo legislador las equipara: en el artículo 518 LEC, al fijar la caducidad de cinco años de la acción ejecutiva desde la firmeza de las sentencias o resoluciones arbitrales; en el artículo 542, cuando al hablar de la ejecución frente al deudor solidario se refiere a las sentencias, laudos y otros títulos ejecutivos judiciales; en el artículo 548, al establecer un plazo de veinte días desde la notificación de la sentencia o del laudo arbitral para poder despachar ejecución...

Así pues, la eventualidad de que despachada la ejecución (contra este despacho cabrá, por supuesto, la correspondiente oposición del ejecutado) el tribunal competente provea en contradicción con este título ejecutivo arbitral, debe merecer, por su identidad de razón con el título judicial, la misma posibilidad de acceder al recurso devolutivo que es la apelación, permitiendo que la segunda instancia revise la decisión adoptada en el seno de la ejecución. Tanto en el caso del título judicial como en el del arbitral, el posible interés del ejecutado en paralizar las ejecuciones por este medio deberá sujetarse a un estricto régimen de cauciones, siempre bastantes para responder de los daños que se causen al ejecutante.

Procede, en consecuencia, considerar que la apelación era admisible en el caso aquí planteado, por lo que el recurso de queja debe ser estimado” (AAP de Barcelona de 13 de marzo de 2007 [JUR 2007/120613]).

En todo caso es ampliamente discutible que se despache ejecución previa audiencia del condenado/ejecutado; constituye una flagrante violación del principio básico procesal según el cual el despacho de la ejecución tiene lugar **inaudita parte debitoris** y cuya finalidad es evitar que la ejecución devenga infructuosa. Estamos ante una extemporánea y atípica oposición a la ejecución del laudo arbitral: extemporánea, en la medida en que se incardina en el proceso en un estado preliminar al despacho de la ejecución; atípica, por cuanto se funda en la pendencia de un recurso y porque lejos de poner de manifiesto la inexistencia (hechos extintivos) o decadencia (hechos excluyentes) de la acción ejecutiva o la nulidad del proceso en sí mismo considerado, tiende a la suspensión de la ejecución, suspensión que, por lo demás, carece de contenido, pues salvo la admisión del escrito instando la ejecución y demás documentos exigidos legalmente y el traslado de los mismos a la parte ejecutada, aún no ha tenido lugar actuación ejecutiva alguna; en rigor, más que de suspensión de la ejecución, debe hablarse de paralización del proceso⁸.

Despachada la ejecución el proceso continúa por los trámites generales establecidos en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de sentencias. Las medidas a adoptar dependerán del contenido de la condena –dar (dinero o algo diferente), hacer o no hacer alguna cosa⁹–.

III. LA EXTENSIÓN DEL CONTROL JUDICIAL AL DESPACHAR EJECUCIÓN

I. Planteamiento general

La posibilidad inicial de oposición contemplada en el artículo 70 LAC no significa, como es evidente, que al juez no le corresponda ningún tipo de control de oficio a la hora de despachar ejecución. El problema es determinar que tipo de control, o/y en qué extensión, debe realizar el juez encargado de ejecutar de manera que no se convierta en un mero “autómata” pero tampoco asuma funciones que legalmente o le corresponden.

No debe perderse de vista que en el arbitraje, al igual que en la jurisdicción, se ha realizado un procedimiento de declaración en el que los árbitros han dictado una resolución –han dicho el derecho en el caso concreto–. El arbitraje excluye la jurisdicción: en un momento inicial es el propio convenio arbitral quien la impide (art. 12, I LAC: El convenio arbitral importa la renuncia de las partes a iniciar el proceso judicial...), posteriormente la cosa juzgada que produce el laudo firme imposibilita

8 SENÉS MOTILLA, C., “La ejecución forzosa de los laudos arbitrales”, en *La Ley*, 1990, núm. 4, p. 928. La Ley de Arbitraje española de 1988 contenía en su artículo 55. I una previsión en el mismo sentido pero la misma ha sido eliminada en la actual Ley de Arbitraje (Ley 60/2003); actualmente es posible ejecutar el laudo aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación (art. 45. I LA) desapareciendo la condición de notificar al deudor antes del despacho de la ejecución. De hecho lo que éste puede pedir, en caso de haberse ejercitado acción de anulación, es la suspensión de la ejecución (art. 45. I LA).

9 Sobre el proceso de ejecución puede verse PARDO IRANZO, V., *La tutela ejecutiva en el procedimiento civil*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2007.

un segundo enjuiciamiento -proceso (jurisdiccional) o procedimiento arbitral- sobre la misma pretensión (art. 60 LAC: El laudo ejecutoriado tendrá valor de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada...). Es decir, como punto de partida, debe tenerse siempre presente que la labor del juez es de ejecución –ejecutar el laudo- no de declaración –no resolver la cuestión litigiosa- aunque ello no significa, claro está, que no pueda o deba realizar ningún tipo de actividad declarativa.

Partiendo, por tanto, de que sus funciones son ejecutivas lo cierto es que la propia LAC (art. 70, IV) le concede atribuciones de control al establecer que “rechazará de oficio la ejecución forzosa” cuando el laudo adolezca de alguna de las causas de nulidad del parágrafo I del artículo 63 LAC. Ahora bien no es éste el único control que puede realizar puesto que debe también tenerse en cuenta lo que el propio Código de Procedimiento Civil establece respecto del control judicial en el momento de despachar ejecución. A las facultades de control recogidas en las leyes de arbitraje y procesal civil nos referimos en los apartados siguientes y, en primer lugar, examinamos si es posible que el juez vigile de alguna manera la decisión adoptada por los árbitros –el fondo del asunto-.

2. Sobre la posibilidad de examinar la decisión adoptada por los árbitros

Ante la pregunta de si el juez de la ejecución puede controlar la decisión adoptada por los árbitros en el laudo, la respuesta no puede ser otra que no, no puede fiscalizar el tema de fondo; no puede ni debe controlar la decisión adoptada por los árbitros. La decisión es inmutable para el órgano jurisdiccional; “la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo”¹⁰. Aquél debe ejecutar aquello que ha sido resuelto por los árbitros, esté o no de acuerdo con la solución al conflicto a la que han llegado en el laudo e independientemente de que la considere correcta o incorrecta. “No es posible revisar la aplicación del derecho realizada por el árbitro, sea cual fuere el resultado de su labor interpretativa de las normas de derecho sustantivo privado aplicables al caso” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de mayo de 2004 [JUR 2004/213993]).

La ley no recoge ningún recoveco que deje abierta la más mínima posibilidad de control del juez ejecutor sobre el fondo del asunto. Entender lo contrario supone desconocer en línea de principios la finalidad misma del proceso de ejecución, cual es convertir a la realidad material o acomodarla a parámetros jurídicos preestablecidos el deber de prestación impuesto en la resolución arbitral. Esto es así no sólo cuando el laudo se ha dictado en equidad sino también cuando la opción elegida por las partes ha sido el arbitraje de derecho.

10 Auto del Tribunal Constitucional español de 18 de julio de 1994.

Creemos que la solución apuntada es la correcta porque la finalidad del proceso de ejecución no es que “se diga el derecho en el caso concreto” o que se revise (en sentido amplio o estricto) la decisión ya adoptada sino, precisamente, que ésta se ejecute, que se adecue la realidad a lo establecido en el título. Los tribunales tienen vedado entrar en valoraciones probatorias, jurídicas o sobre el contenido o decisión arbitral que corresponden exclusivamente a los árbitros.

Lo que no se puede evitar es que, en determinados casos, puedan llegar a producirse situaciones que nos dejen desorientados. Veamos un ejemplo: ¿podría el juez ejecutor denegar el despacho de la ejecución basándose en que el laudo se ha dictado en aplicación de una norma derogada? La respuesta, a nuestro modo de ver, debe ser negativa. No es función del juez de la ejecución controlar la correcta aplicación por los árbitros de las normas a la hora de tomar la decisión sobre el fondo. Ésta sería una función que correspondería al órgano jurisdiccional competente para conocer de un hipotético recurso –y no olvidemos que la ley no ha previsto ningún recurso ordinario, sino que la única posibilidad de impugnar el laudo es vía acción de anulación por las causales contenidas en el artículo 63 LAC¹¹–.

Tampoco utilizando las facultades establecidas en el artículo 59 LAC sería posible. Éste precepto recoge la posibilidad de enmendar, complementar o aclarar el laudo. Veámoslo:

Las enmiendas pueden pedir las partes dentro de los tres días siguientes a la notificación del laudo –también es posible, incluso en ejecución, la corrección de oficio cuando es un simple error material- cuando hay un error de cálculo, copia, tipográfico o de similar naturaleza “siempre que no se altere lo sustancial de la decisión” (art. 59, I LAC). Por tanto, por esta vía no es posible la revisión de la decisión adoptada por los árbitros.

“En la misma forma y en plazo similar” las partes pueden solicitar al Tribunal arbitral que complemente algún punto omitido o que aclare algún aspecto dudoso (art. 59, II LAC). Tampoco, por tanto, este mecanismo es adecuado para revisar en cuanto al fondo el laudo.

3. Control de los motivos de anulación

Señala el artículo 70, IV LAC que “la autoridad judicial rechazará de oficio la ejecución forzosa, cuando el laudo esté incurso en alguna de las causales previstas por el artículo 63 párrafo I de la presente ley”, es decir, cuando se trata de una materia no arbitrable o cuando el laudo es contrario al orden público (art. 63, I

¹¹ Sobre la naturaleza de la acción de anulación –como un verdadero recurso o como una acción de impugnación de la cosa juzgada-, vid. BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, con otros, Thomson civitas, 2004, pp. 1327 y ss.

LAC); no podría, en cambio, de oficio vigilar el resto de causales de nulidad (las del artículo 63, II LAC) como, por ejemplo, la composición irregular del Tribunal Arbitral o el desarrollo viciado del procedimiento. Desde luego, en principio, la solución legal nos parece adecuada. Veámoslo:

A) Sobre la posibilidad de examinar que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje

Si el arbitraje encuentra su fundamento en la libertad y en el principio de la autonomía de la voluntad parece evidente que sólo puedan ser objeto de él materias respecto de las que las personas puedan disponer libremente. En este sentido el artículo 3 LAC señala que pueden someterse a arbitraje las controversias reativas a derechos disponibles y que no afecten al orden público.

A pesar de las posiciones doctrinales discrepantes entendemos acertado el control judicial de este motivo; si no fuera así las materias no dispositivas pasarían a ser dispositivas, y susceptibles de ser resueltas en arbitraje, por la simple voluntad concordante de las partes. Ahora bien, estendemos con Ormazábal Sánchez que “no debe obligarse al ejecutor a descender a grandes detalles. Porque así como en ocasiones la determinación de la arbitrabilidad resultará muy sencilla, también es posible que en casos particulares conlleve problemas muy delicados que precisarían el rigor de un examen que no es el procedente en la fase de ejecución. Ello no obstante el examen judicial debe revestir un prudente y razonable grado de rigor; pero cuando la falta de arbitrabilidad de la materia se presente como de muy difícil determinación, el ejecutor no está obligado a realizar un examen de extensión desproporcionada respecto del estadio procesal en que se encuentra”¹². En este sentido, por ejemplo, señala el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de noviembre de 2008 (JUR 2009/35054) que “el control de la idoneidad del título puede también comprender aquellos supuestos en el que el laudo decida sobre cuestiones o materias **manifiestamente** excluidas del poder de disposición de las partes y, por lo mismo, del arbitraje”.

Hay que tener en cuenta que si las partes convienen en sustraer de la jurisdicción una materia que es indisponible ese pacto es nulo de pleno de derecho y, por tanto, no puede producir consecuencias. De todas formas habría que diferenciar dos supuestos:

I. Si se interpuso acción de anulación por este motivo y fue denegada el ejecutor no podrá volver a revisar la arbitrabilidad de la materia.

12 ORMAZÁBAL SANCHEZ, G., *La ejecución de los laudos arbitrales*, Barcelona, Bosch, 1996.

2. Si la parte no ejercitó acción de anulación el defecto no queda por ello subsanado y, en consecuencia y a pesar de la inacción de las partes, es posible el control de oficio por el ejecutor:

B) Sobre la posibilidad de verificar que el laudo es contrario al orden público

Respecto de este motivo es mayoritaria la posición doctrinal y jurisprudencial favorable al control de oficio por el juez al despachar ejecución¹³, aunque no dejan de haber pronunciamientos en contra. Ejemplo de esta última postura es el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de marzo de 2007 (JUR 2007/213329), según el cual aunque, evidentemente, el control del orden público es un motivo de nulidad que puede ser controlado de oficio, puede serlo por el Tribunal que conozca de la acción de anulación (lo que supone que la acción ha sido ejercitada) pero no por el juez al despachar ejecución.

En todo caso y aun defendiendo la postura mayoritaria –favorable al control de oficio por el juez ejecutor– somos conscientes de que lo realmente complicado es precisar qué es verdaderamente el orden público y reconducir el concepto a sus justos límites. Si no lo hacemos así corremos el riesgo de que por esta vía el juez pueda fiscalizar aspectos que no son verdaderamente controlables de oficio, o lo que es lo mismo, “que el orden público se convierta en una puerta abierta para la mera sustitución del criterio del árbitro por el de los jueces” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de enero de 2006 [AC 2006/577]).

Para el Tribunal Constitucional español el orden público en el ámbito del proceso arbitral se remite a la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente o de las garantías y principios esenciales del procedimiento (STC 15 de abril de 1986 [ED] 1986/43). En consecuencia, para el más alto Tribunal español no es suficiente para que se entienda vulnerado el orden público que haya una infracción de una norma jurídica cualquiera, ni siquiera de normas imperativas.

Se suele enlazar vulneración del orden público con violación a lo largo del procedimiento arbitral de los principios de contradicción o audiencia y con la vulneración del principio de igualdad. Por tanto y a pesar de la amplia libertad que concede el artículo 25 Ley de Arbitraje española a las partes para conformar el procedimiento arbitral (*las partes podrán convenir libremente el procedimiento...*) lo cierto es que hay unas garantías mínimas que han de respetarse (las del artículo

13 PARDO IRANZO, V., *La ejecución del laudo arbitral*, Civitas Thomson Reuters, 2010, pp. 119 y ss. CUCARELLA GALIANA, *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Bolonia, 2004, p. 261, REMÓN PEÑALVER y MENDIETA GRANDE, *Comentario a la Ley de Arbitraje*, De Martín Muñoz y Hierro Anibarro (Coords.), Marcial Pons, 2006, pp. 61-615, YAÑEZ VELASCO, *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 p. 969, SENÉS MOTILLA, *La Intervención Judicial en el Arbitraje*, Thomson Civitas, 2007, pp. 182-183.

24 de la Constitución) puesto que se presentan como límite a la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo no está claro que éste sea el contenido del orden público en el ordenamiento boliviano y ello porque el propio artículo 63 LAC, en su apartado segundo, recoge como motivos de nulidad distintos del orden público –y no controlables de oficio por el juez ejecutor- la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa (art. 63, II. 3 LAC) y el desarrollo viciado del procedimiento (art. 63, II.6 LAC).

Otro de los aspectos que suele vincularse al orden público es la falta de imparcialidad de los árbitros. Es decir, hay quienes entienden que el laudo dictado por un árbitro o tribunal arbitral no imparcial adolece de un vicio que afecta al orden público y por tanto el juez puede denegar el despacho de la ejecución de ese laudo¹⁴. Sin embargo desde mi punto de vista la parte que entiende que en los árbitros concurre el vicio de la falta de imparcialidad dispone de mecanismos a lo largo del procedimiento arbitral para ponerlo de manifiesto y, por tanto, no creo que las facultades de control de que dispone el órgano jurisdiccional al despachar ejecución se extiendan a este aspecto en concreto¹⁵.

C) Imposibilidad de controlar de oficio los motivos de anulación del art. 63, parágrafo segundo LAC

Como hemos indicado el artículo 70, IV LAC permite al juez ejecutor controlar de oficio únicamente las causales de anulación del apartado primero del artículo 63, quedando prohibido que ejerza ese examen respecto de los motivos del parágrafo segundo.

En línea de principios, ésta nos parece una solución acertada. Las causas de anulación quedan reservadas al conocimiento por parte del órgano competente y para cuando se haya ejercitado acción de anulación –instancia de parte-. Reparemos además en que transcurrido el plazo de 10 días desde la notificación del laudo no cabrá interponer acción de anulación (art. 64, I LAC). Si entendiéramos que el juez de la ejecución puede, de oficio, controlar los motivos de anulación del parágrafo segundo del artículo 63 LAC nos encontraríamos con que el plazo del art. 64, I LAC sólo es aplicable cuando el control lo lleva a cabo el órgano que conoce de la anulación mientras que si el control lo realiza el juez ejecutor puede estimar la causa de nulidad vencidos los diez días.

Con todo queremos detenernos en dos de las causales de nulidad del artículo 63, II LAC: nulidad o anulabilidad del convenio arbitral y laudo dictado fuera de plazo.

14 SENÉS MOTILLA, *La intervención judicial en el arbitraje*, cit., p. 183. También, entre otros, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de mayo de 2005 (AC 2005, 1233) y de 14 de noviembre de 2008 (JUR 2009, 48051).
15 En este sentido, entre otros, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 268434) y Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 10 de junio de 2008 (AC 2008, 2272).

En cuanto a la primera de ellas y por lo que respecta al derecho español es necesario tener en cuenta lo siguiente: como regla general el juez ejecutor no puede controlar la validez del convenio, será la parte que entienda que el convenido es nulo quien deba interponer ante el órgano competente "recurso" de anulación por este motivo. Ahora bien, a salvo de lo dicho queda, en opinión de los tribunales españoles, el supuesto de que el ejecutado sea un consumidor o usuario puesto que la protección de los consumidores es un tema de interés público y siendo así, y con base en el principio de efectividad en la salvaguarda de los derechos que el Derecho Comunitario (Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993) ha establecido a favor de aquéllos, el juez de oficio debe declarar la nulidad de las cláusulas abusivas en aras a protegerlos adecuada y eficazmente. Esa facultad "no se hace depender de un concreto procedimiento y se ha de entender extensivo a todos aquéllos casos en que tenga intervención la jurisdicción, que en el caso de los arbitrajes son, o bien en proceso de anulación, o bien en proceso de ejecución" (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de enero de 2008 [ED] 2008/22586]). Esa misma resolución remata que "no puede concluirse que al reconocerse al juez ejecutor y sin previa impugnación la facultad de apreciar la ilegalidad de la cláusula compromisoria en el caso de que no se haya propuesto la correspondiente excepción en el plazo debido o ejercitado la acción de anulación se perjudica gravemente a la exigencia de eficacia y seguridad de los arbitrajes".

El propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia de 26 de octubre de 2006 (EDJ 2006/281725) indicó que cuando la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, establece que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional no vinculan a aquél lo que trata es de establecer un equilibrio real entre las partes del contrato, tomando esencialmente en consideración la inferioridad en que se encuentra una de las partes (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de junio de 2008 [ED] 2008/140779]). En definitiva, "el sistema instaurado por la Directiva se basa en la idea de que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato... La facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el art. 6 de la Directiva –impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su art. 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores" (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de octubre de 2008 [ED] 2008/266044]).

Por lo que respecta al laudo dictado fuera de plazo si atendemos a la ubicación de esta causa, tampoco se trata de un motivo de nulidad controlable por el juez ejecutor; aún así creemos necesario realizar algunas precisiones.

El plazo para dictar el laudo determina el periodo durante el que las partes han renunciado al sometimiento del asunto a los tribunales¹⁶. Transcurrido ese plazo –más la posible prórroga a la que se refiere el artículo 55. I LAC- los árbitros han dejado de tener “jurisdicción”¹⁷ para resolver el conflicto ante ellos planteado. En consecuencia, no es absurdo pensar que el laudo no ha podido nacer (“el vicio cae de lleno en la inexistencia”¹⁸) porque ha sido emitido por quien ya no tenía “potestas” para el ejercicio de su labor¹⁹. Si ello es así pensamos que lo adecuado sería que el juez ejecutor al despachar ejecución pudiera revisar que el laudo ha sido dictado en plazo y, si no lo ha sido, denegar el despacho de la ejecución. No creemos que la falta de interposición del recurso de anulación subsana este defecto y por tanto la ejecutividad del laudo no queda afectada²⁰.

Es evidente que el incumplimiento del plazo para emitir laudo por los árbitros no puede equipararse al incumplimiento por parte de los jueces del plazo para dictar sentencia; “cuando la sentencia se dicta fuera de plazo, su autor sigue siendo un juez que podría incidir en una irregularidad disciplinaria, pero cuyo vicio es de él, no de la sentencia que carece de toda falta. La eventual corrección que se imponga al juez en nada afecta a su resolución. Sin embargo, el laudo dictado fuera de plazo es un laudo emitido por quien ya no es árbitro, y su equivalente en lo jurisdiccional es el de la sentencia dictada por quien ya no es juez, en modo alguno es el equivalente a la sentencia fuera de plazo, porque como ya hemos dicho, en ésta el juez sigue siendo juez aún vencido el plazo para dictar sentencia”²¹.

4. Verificación de los requisitos y presupuestos procesales

A pesar de que la Ley de Arbitraje y Conciliación se refiere únicamente al control de los motivos de anulación del parágrafo primero del artículo 63, es claro que al ser el laudo un título ejecutivo han de serle de aplicación las normas generales contenidas en la norma procesal civil.

16 SÁNCHEZ POS, *El control judicial en la ejecución*, cit., p. 186.

17 CORDÓN MORENO, “El laudo arbitral dictado fuera de plazo”, cit. Utilizamos la palabra “jurisdicción” en sentido impropio para hacer referencia a la función que realizan los árbitros pero somos conscientes que no cabe hablar propiamente de jurisdicción puesto que ésta corresponde exclusivamente a jueces y magistrados.

18 ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *La ejecución de laudos...*, cit., p. 163.

19 BARONAVILAR, *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, cit., p. 37; CAMPOSVILLEGAS, “Problemas de forma...”, cit., p. 168.

20 La LA española en su artículo 37. 2, II LA nos señala las consecuencias que acarrea el transcurso del plazo sin que los árbitros hayan emitido laudo: terminación de las actuaciones arbitrales y cese de los árbitros. Esta previsión normativa expresa facilita llegar a la conclusión del posible control de oficio por el juez ejecutor. Al respecto vid. PARDO IRANZO, *La ejecución del laudo arbitral*, cit., pp. 102 y ss.

21 CAMPOSVILLEGAS, “Problemas de forma...”, cit., p. 169. Vid. también BARONAVILAR, *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, cit., p. 1256.

Los artículos 514 y ss CPC nada dicen con relación al control cuando lo que se ejecuta es una sentencia y ello porque se parte de que es el mismo juez que la ha dictado quien la ejecuta (competencia funcional). Únicamente advierte el artículo 514 CPC que la sentencias “se ejecutarán sin alterar ni modificar su contenido”. En cambio, el artículo 491 CPC, relativo a los títulos extrajudiciales, sí contiene la obligación del juez de examinar el título ejecutivo, su competencia, la personería de las partes, la exigibilidad de la obligación y el plazo vencido”. A pesar de que el laudo es título asimilado a la sentencia entendemos que, en parte, este artículo sí es de aplicación y ello porque al no haber dictado el juez el laudo es necesario que compruebe que nos encontramos ante un título ejecutivo, que verifique su competencia para ejecutarlo y la legitimación de las partes. Más dudoso es que el juez deba examinar el transcurso del plazo –en caso de que el laudo concediera al condenado un lapso de tiempo para cumplir; parece que esta circunstancia al igual que el cumplimiento de la obligación ha de ser opuesta por el ejecutado para que el juez la tenga en cuenta.

Con relación al examen respecto del título ejecutivo hay que tener en cuenta lo señalado en el artículo 56 LAC. En atención a este precepto, el laudo “para su validez legal” ha de contener: 1. Identificación -y otras circunstancias generales- de las partes y de los árbitros. 2. Fecha y lugar en que se pronuncia. 3. La controversia sometida a arbitraje. 4. Fundamentación y planteamiento de la decisión arbitral. 5. Firma de todos o de la mayoría de los miembros del Tribunal Arbitral. Si el laudo, para que sea válido, ha de contener esos requisitos, el que no los reuna no será válido, o lo que es lo mismo, no será título ejecutivo.

Por otro lado, y en atención a la forma, añade el artículo 53 LAC que el laudo será escrito y motivado. También la concurrencia de estos requisitos ha de ser controlada por el ejecutor: Igualmente vigilará que el laudo contiene pronunciamiento de conde: los laudos mero-declarativos y constitutivos no son ejecutables

Además, con la demanda ejecutiva, la parte debe acompañar los documentos a los que se refiere el artículo 69 LAC; su no presentación debe determinar, en primer lugar, la concesión de un plazo para subsanar. Como han afirmado los tribunales “el ejercicio del derecho de acción se encuentra subordinado en ocasiones a la observancia de una serie de presupuestos y requisitos cuyo incumplimiento comporta, en cada caso, distintas consecuencias. Pero las defectuosamente interpuestas o ejercitadas deben ser admitidas previa subsanación de las correspondientes faltas, con base al principio pro actione...” (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de mayo de 2006 [JUR 2006/187854]).

Concedido plazo para subsanar, la falta de subsanación por la parte determina la denegación del despacho de la ejecución por falta absoluta del título o por irregularidades formales en el mismo. La inadmisión no debe entenderse como

una sanción a la parte que incurre en un defecto formal, sino como una garantía y un medio de preservación de la integridad objetiva del ordenamiento y del proceso (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de mayo de 2006 [JUR 2006/187854]).

IV. CONCLUSIÓN

De todo lo dicho hasta este momento podemos concluir que el juez ejecutor, en ningún caso, puede entrar a controlar la decisión adoptada por los árbitros –la resolución sobre el fondo- puesto que ésta está cubierta por la cosa juzgada, al igual que tampoco le es posible cuestionarse si el derecho de los ejecutantes subsiste o no. De la misma manera que ocurre respecto de las sentencias, si el laudo condena, por poner un ejemplo, a la entrega de una cosa, el cumplimiento “voluntario” del condenado no impide solicitar y obtener el despacho de la ejecución aunque es evidente que el ejecutado puede oponerse a la ejecución alegando cumplimiento de lo ordenado en el laudo.

Los principios de rogación y de seguridad jurídica, éste inmanente al efecto de a cosa juzgada, imperantes en el ordenamiento jurídico, constituyen una barrera o tope a la revisión judicial de oficio cuando no está permitida expresamente por la ley. Así, en nuestra opinión controlará, además de que el laudo versa sobre una materia disponible y que no es manifiestamente contrario al orden público, la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales y la regularidad formal del título. Igualmente se asegurará de que se han acompañado a la demanda ejecutiva los documentos pertinentes. Y todo ello teniendo en cuenta que si el defecto es subsanable procede dar un plazo para subsanar. Y, únicamente si no se subsana en plazo, se denegará el despacho de la ejecución.



PROPIEDAD INTELECTUAL Y CONOCIMIENTOS
TRADICIONALES EN BOLIVIA

INTELLECTUAL PROPERTY AND TRADITIONAL
KNOWLEDGE IN BOLIVIA

Rev. boliv. de derecho n° 13, enero 2012, ISSN: 2070-8157, pp. 154-168



Edwin
URQUIDI

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de julio de 2011

ARTÍCULO APROBADO: 1 de septiembre de 2011

RESUMEN: El trabajo presenta una panorámica completa sobre la posición de los distintos Estados de la Unión Europea en relación con las relaciones familiares entre personas del mismo sexo, examinando, en particular, las legislaciones que admiten el matrimonio en este supuesto, prestando especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio. Convivencia de hecho. Principio de igualdad. Homosexualidad.

ABSTRACT: This work presents a panoramic view of the position of the different member States of the European Union in relation to same-sex family relationships, especially considering those jurisdictions in which marriage is allowed and paying special attention to the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

KEY WORDS: Marriage. Domestic Partnership. Equality principle. Homosexuality.

SUMARIO: 1.- Introducción 2.- PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE 2. 1.- Ley de Derecho de Autor 1322 de abril del año 1992 2. 2.- Decisión 486 del año 2009 (régimen común andino de propiedad industrial del año 2000) 3- DENOMINACIÓN DE ORIGEN Y LA MARCA COLECTIVA 4.- PROPIEDAD INTELECTUAL EN LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS DEL ESTADO 5.- SISTEMA POSITIVO O DEFENSIVO DE PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES 6.- FUNCIÓN SOCIAL DE LAS PATENTES Y PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES 7.- PROPIEDAD INTELECTUAL Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN LA MEDICINA 8.- CONOCIMIENTO TRADICIONAL VINCULADO A LA CULTURA, ARTES Y TECNOLOGÍA 9.- CONCLUSIONES 10.- BIBLIOGRAFÍA

I.- INTRODUCCION

La nueva Constitución Política del Estado de Bolivia, retoma el rango constitucional de protección de la propiedad intelectual y extiende su alcance y ámbito de aplicación a los saberes y conocimientos tradicionales y colectivos.

Transcurrió más de medio siglo, desde la Constitución del año 1945, para que la propiedad intelectual goce de la protección que hoy reconoce el artículo 102 de la Constitución. Si bien no se confería una protección constitucional al tema de la Propiedad Intelectual desde el año antes mencionado, fueron los tratados y acuerdos internacionales ratificados por Leyes nacionales los que marcaron el rumbo de la Propiedad Intelectual en Bolivia¹, especialmente en los últimos veinte años. En este periodo se han ratificado Convenios administrados por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) como la Unión de Paris (CUP) para la propiedad industrial, de Berna y Roma para Derecho de Autor; la firma de los Acuerdos ADPIC (Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio) en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC), la creación de la Oficina Nacional Competente de Propiedad Intelectual (SENAPI),

¹ La Ley Reglamentaria de Marcas del año 1918 y la Ley de Privilegios Industriales del año 1916 son las Leyes especiales que rigen el sistema clásico de la propiedad intelectual para el registro de marcas y patentes. Estas Leyes no incluyen ninguna referencia expresa a la protección de los conocimientos tradicionales. En relación a tratados internacionales ratificados por Leyes se tiene al Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) del año 1995 suscrito en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC). De igual manera se ratificaron convenios administrados por la OMPI tales como el Convenio de la Unión de Paris (CUP) para propiedad industrial y los convenios de Berna y Roma para el Derecho de Autor el año 1996.

• Edwin Urquidi

Abogado Universidad Mayor de San Simón Cochabamba. Diplomado en Culturas Tradicionales Populares CLACDEC - Convenio Andrés Bello, Venezuela. Máster en Propiedad Intelectual, Universidad de Alicante España. Ex Director Titular del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI), negociador por Bolivia de la Decisión 486, docente de pre y post grado en Propiedad Intelectual, socio del Estudio URQUIDI & ROJAS.

la entrada en vigor de la Decisión 486 (Régimen Común Andino de Propiedad Industrial); mismos que han tenido una influencia significativa en la gestión, práctica y políticas de la propiedad intelectual en Bolivia hasta la promulgación del nuevo texto constitucional de febrero del año 2009 que incluye en su artículo 100 II un acápite expreso sobre la protección de los saberes y conocimientos tradicionales como una categoría de propiedad intelectual.

II.- PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN LA LEGISLACION VIGENTE

En relación con la protección de los Conocimientos Tradicionales, algunas normas locales y de la Comunidad Andina han previsto su tratamiento de manera aislada en referencia a obras artísticas, literarias, artesanales, así como de marcas y patentes, entre otras. Entre estas normas se encuentran la Ley de Derecho de Autor y la Decisión 486.

2. 1.- LEY 1322 (DERECHO DE AUTOR DEL AÑO 1992)

Esta Ley promulgada el año 1992, sin bien no definía conceptualmente la expresión de conocimientos tradicionales, incluyó un capítulo referido a la protección del folklore y la artesanía como un objeto mas de protección de la Ley de Derecho de Autor. Su artículo manifiesta lo siguiente:

“Se consideran protegidas por esta ley todas aquellas obras consideradas como folklore, entendiéndose por folklore en sentido estricto, el conjunto de obras literarias y artísticas creadas en el territorio nacional por autores no conocidos o que no se identifiquen y que se presuman nacionales del país o de sus comunidades étnicas y se transmitan de generación en generación constituyendo uno de los elementos fundamentales del patrimonio cultural tradicional de la Nación...”

De igual manera identifica como objeto de protección a las artesanías y el diseño artesanal, aclarando que éstos deben ser protegidos por las normas generales de la Ley de Derecho de Autor y en particular por aquellas referidas a las artes plásticas y al patrimonio nacional.

2. 2.- DECISIÓN 486 (REGIMEN COMUN ANDINO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL DEL AÑO 2000)

En el ámbito internacional, Bolivia ha reivindicado y mantenido una posición de inclusión y respeto de la protección de los Conocimientos Tradicionales, igual que sus pares andinos, durante las deliberaciones de la Decisión 486 (Régimen

Común Andino de Propiedad Industrial) que fue aprobada en el seno de la CAN² en Septiembre del año 2000. El artículo 3 de esta Decisión señala:

“Los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederán salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional”

Esta mención aclara que se debe respetar y salvaguardar el patrimonio biológico, genético y conocimiento tradicional de las comunidades indígenas afroamericanas o locales. Estos principios morales y positivos, fueron incluidos en los **requisitos de patentabilidad** cuando en el artículo 26 inciso i) de la mencionada Decisión, se prevé el supuesto de solicitud de una patente con base en un Conocimiento Tradicional; de ser ese el caso, la norma exige que el solicitante acredite la autorización o licencia de uso por parte de la comunidad indígena, afroamericana o local. Este artículo señala:

“De ser el caso, la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen, de acuerdo a lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes”

La registrabilidad de un **signo distintivo** que contiene elementos de conocimientos tradicionales, también está condicionada al cumplimiento de determinados requisitos, esto es, que no procede un registro de marca cuando el signo solicitado afecta indebidamente un derecho de un tercero como sería el caso de los derechos de las comunidades indígenas. Concretamente el artículo 136 inc g) de la Decisión 486 prevé que no puede registrarse una marca cuando afecta a los nombres, palabras, letras y cultura de las comunidades indígenas afroamericanas o locales. El artículo señala:

“Consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos

2 La Decisión andina son disposiciones normativas supranacionales de aplicación preferente con respecto a la norma nacional. Bolivia es país miembro de la Comunidad Andina. El año 2000 los países miembros de la Comunidad Andina eran: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso”

En la práctica las formas más afines utilizadas para proteger la propiedad intelectual, colectiva, que es una característica esencial de los conocimientos tradicionales, han sido: La Denominación de Origen y la Marca Colectiva cuyos procedimientos de registro están previstos en la Decisión 486 y no en la Ley Reglamentaria de Marcas de 1918.

III.- DENOMINACION DE ORIGEN Y MARCA COLECTIVA

Dos figuras del sistema clásico de la propiedad intelectual, por su naturaleza de propiedad colectiva, protegen saberes y conocimientos tradicionales es el caso de la **Denominación de Origen (DO)**, que es un signo distintivo aplicable a

productos agroalimenticios, bebidas espirituosas y artesanías. La DO que es de dominio público porque el Estado ostenta la titularidad³ beneficia solamente a los productores, extractores o elaboradores asentados en una determinado lugar; está

constituida por el nombre del país, región o zona geográfica de donde proviene el producto (factor geográfico) y el conocimiento aportado por los productores en su fabricación o elaboración (factor humano).

La **Marca Colectiva** en el artículo 180 de la Decisión 486 está definida como todo signo que sirve para distinguir el origen o cualquier otra característica común de productos o servicios pertenecientes a empresas diferentes y que lo utilicen bajo el control de un titular. Un grupo colectivo empresa familiar o asociación de productores, en lugar de diluir su capacidad competitiva entre ellos, puede presentarse en el mercado bajo una sola marca común o colectiva administrada internamente por un reglamento de uso. El signo protegido permite reflejar valores, sentimientos e identidad del grupo colectivo, entre otras funciones propias de la marca.

Algunos casos que pueden ilustrar la protección de los derechos intelectuales colectivos a organizaciones originarias y campesinas en Bolivia son:

Marca de producto: “CIMCI” para distinguir productos derivados del algarrob. La denominación CIMCI que equivale al nombre de la Capitanía Indígena Mayor de las Comunidades Indígenas fue concedida el año 2002 en favor de la Capitanía del Alto y Bajo Izozog.

Marca colectiva: “COMART TUKUYPAJ ” concedida a la Comunidad de Productores de Artesanías para Todos, que aglutina a decenas de organizaciones

3 PROCESO 76-IP-2007. Interpretación Prejudicial Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Signo: TEQUILA

originarias de artesanos con identidad cultural de Santa Cruz, Potosí, La Paz, Oruro, Sucre; para distinguir productos, tales como: tejidos, maderas, textiles, fibras, cuero, cerámica y otros⁴.

Denominación de Origen: "SINGANI" declarada mediante Ley de la República No. 1334 de 4 de mayo de 1992 en favor de los productores de Tarija, La Paz, Sucre y Potosí (Singani: aguardiente de uva)

Denominación de Origen: "QUINUA REAL DEL ALTIPLANO SUR DE BOLIVIA". Solicitada por la Asociación de Productores de Quinua (ANAPQUI) y otras organizaciones el 22 de marzo del año 2002, fue concedida en favor de los productores de quinua del Altiplano Sur el año 2002 y ratificada el año 2009 y 2011⁵

Denominación de Origen: "QUINUA REAL DE LIPEZ". Solicitada por la Mancomunidad de Municipios Gran Tierra de Los Lipez en fecha 17 de marzo del año 2008 y concedida en favor de los productores de quinua real de Lipez el año 2009⁶.

En Bolivia, aunque la norma no limita, no existe ninguna experiencia de protección de Denominación de Origen para artesanías, como es el caso de las cerámicas de Olinalá y Talavera en México, Chulucanas en Perú o Raqa en Colombia, aunque sí un enorme potencial con las cerámicas de Wayculí en Cochabamba o los tejidos de Jallka y Tarabuco en Sucre.

IV.- PROPIEDAD INTELECTUAL EN LAS CONSTITUCIONES POLITICAS DEL ESTADO

Sin entrar en detalles, y más bien, en el ánimo de conocer cómo ha evolucionado constitucionalmente la Propiedad Intelectual en Bolivia mencionaré tres constituciones relevantes.

La Constitución del año 1826

Desde la creación de la República del año 1825, Bolivia ha tenido una tradición de defensa y protección de la propiedad intelectual. El artículo 156 de la primera constitución señalaba:

- 4 Las marcas colectivas "COMART TUKUYPA" en las clases 21, 25 y 27, fueron concedidas en favor de la Comunidad de Productores de Artesanías para Todos en fechas 9 y 10 de febrero del año 2011 mediante Resoluciones Administrativas de la Dirección de Propiedad Industrial del SENAPI 539-2011, 504-2011 y 555-2011 respectivamente.
- 5 La Denominación de Origen "Quinua Real del Altiplano Sur de Bolivia" fue concedida en favor de los productores de quinua del Altiplano Sur (Departamentos de Oruro y Potosí) mediante Resolución Administrativa de la Dirección Nacional del SENAPI No. 018/2002 de fecha 23 de Julio del año 2002, ratificada y modificada mediante Resolución Administrativa de la Dirección de Propiedad Industrial PI/DO/01/2009 de fecha 11 de marzo del año 2009 y Resolución Administrativa PI/DO/Mod No. 01/2011 de 30 de Junio de 2011.
- 6 La Denominación de Origen "Quinua Real de Lipez" fue concedida en favor de los productores de quinua real de Lipez en fecha 25 de Noviembre del año 2009, mediante Resolución Administrativa de la Dirección de Propiedad Industrial del SENAPI No. PI/DO/No. 02/2009

“Todo inventor tendrá la propiedad de sus descubrimientos y de sus producciones. La Ley asegurará un privilegio exclusivo temporal, o el resarcimiento de la pérdida que tenga, en caso de publicarlo.”

La Constitución del año 1945

La última Constitución Política de Bolivia que incorporó el tratamiento de la propiedad intelectual en rango constitucional, antes de la vigente, fue la del año 1945, que en su artículo 94 inciso 25 señalaba:

“Privilegios temporales para inventos útiles a las ciencias y las artes”

La Constitución del año 2009

La Constitución Política del Estado Plurinacional⁷, garantiza la protección de la propiedad intelectual individual y colectiva a través del sistema de registro sin mencionar tratamiento diferenciado a nacionales y extranjeros en el ejercicio de sus derechos. El texto constitucional previsto en el artículo 102, señala:

“El Estado registrará y protegerá la propiedad intelectual, individual y colectiva de las obras y descubrimientos de los autores, artistas, compositores, inventores y científicos en las condiciones que determine la ley”

En relación a la protección de los conocimientos tradicionales, hasta la fecha no existe una Ley especial para su protección, sin embargo al amparo de la nueva Constitución del Estado Plurinacional, y a efectos de su aplicación, será necesario elaborar una Ley especial. La base constitucional para la elaboración de esta norma es el artículo 100. II, que señala:

“El Estado protegerá los saberes y los conocimientos mediante el registro de la propiedad intelectual que salvaguarde los derechos intangibles de las naciones y pueblos indígena originario campesinas y las comunidades interculturales y afrobolivianas:

La redacción del artículo hace inferir que los saberes y conocimientos serán

protegidos a través de un sistema de **registro**⁸; desde esta perspectiva, el texto del artículo arriba referido, guía hacia el establecimiento del sistema registral de estos saberes y conocimientos, esto es, seguir el protocolo del sistema clásico de la

7 La Constitución Política del Estado fue aprobada en el Referéndum de 25 de Enero de 2009 y promulgada el 07 de febrero de 2009.

8 El sistema de la Propiedad Industrial (marcas, patentes, diseños industriales) establece la carga del registro para adquirir un derecho, en cambio el sistema del Derecho de Autor (autores, compositores, intérpretes, organismos de radio difusión) no obliga al registro aunque si lo solicita para una mayor seguridad jurídica. En Propiedad Industrial el registro es constitutivo de derecho y en el Derecho de Autor es declarativo.

propiedad industrial actualmente regulado por la Ley Reglamentaria de marcas, Ley de Privilegios Industriales, la Decisión 486 y acuerdos internacionales. Este protocolo no es oral, es escrito, es territorial y distingue de manera concreta a sus creadores, en el caso del Conocimiento Tradicional no existen fronteras y los titulares o creadores pueden ser muchos y desconocidos, quizás por estas mismas razones hace mucho años, en el seno de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), ya se viene trabajando el texto de un instrumento internacional de carácter jurídico (o instrumentos internacionales) para garantizar la protección eficaz de los conocimientos tradicionales⁹.

El artículo 102, II tampoco hace referencia al organismo competente para efectuar el registro, aunque si se trata de un sistema registral, podría entenderse que la Oficina Nacional Competente para llevar a cabo el sistema de registro sería el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI) que en todo caso tendría que crear una unidad especial, igual que signos distintivos o patentes de invención, para el registro de saberes y conocimientos tradicionales.

En la línea de protección de los Conocimientos Tradicionales el artículo 30 de la nueva Constitución Política en el capítulo cuarto referido a los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, establece una protección particular para la propiedad colectiva cuando el punto 11 del párrafo II señala que las naciones y pueblos gozan, entre otros, a:

“A la propiedad colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo”.

Así mismo en el artículo 381, dentro el capítulo séptimo de biodiversidad, coca, áreas protegidas y recursos forestales en su apartado II establece que el Estado debe proteger todos los recursos genéticos y microorganismos que se encuentren en los ecosistemas del territorio, así como los conocimientos asociados con su uso y aprovechamiento. Estableciendo para su protección un sistema de registro que salvaguarde su existencia, así como la propiedad intelectual en favor del Estado o de los sujetos sociales locales que la reclamen. Siendo que para todos aquellos recursos no registrados, el Estado establecerá los procedimientos de protección mediante la Ley¹⁰.

9 El Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, fue creado en octubre del año 2000.

10 Artículo 381. I. Son patrimonio natural las especies nativas de origen animal y vegetal. El Estado establecerá las medidas necesarias para su conservación, aprovechamiento y desarrollo.
II. El Estado protegerá todos los recursos genéticos y microorganismos que se encuentren en los ecosistemas del territorio, así como los conocimientos asociados con su uso y aprovechamiento. Para su protección se establecerá un sistema de registro que salvaguarde su existencia, así como la propiedad intelectual en favor del Estado o de los sujetos sociales locales que la reclamen. Para todos aquellos recursos no registrados, el Estado establecerá los procedimientos para su protección mediante la ley.

Como se puede apreciar el nuevo texto constitucional del año 2009 refuerza la posición de defensa sobre los conocimientos tradicionales que ha sido en todo momento una reivindicación natural para Bolivia y en muchos foros internacionales incluido el Comité Intergubernamental de la OMPI antes citado, en cuyo ámbito Bolivia no ha dudado en demandar una protección especial para los conocimientos tradicionales.

V.- SISTEMA POSITIVO O DEFENSIVO DE PROTECCION DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Es indudable que para la implementación del sistema de protección de los conocimientos tradicionales se requiere elaborar y aprobar una Ley especial. Que tipo de Ley se quiere?. Para responder a esta pregunta, se sugieren, entre otros, dos caminos probables a transitar; el primero va por el sistema de la protección positiva y el segundo por la protección defensiva.

El tratamiento de este tema es complejo por lo que es necesario reconocer la existencia de estas dos corrientes que tienen como fin último la protección y respeto del Conocimiento Tradicional. En primer lugar, algunos de los titulares y representantes de las comunidades, indígenas, campesinas, originarias desean beneficiarse de la comercialización de sus expresiones y creaciones, desean que se proteja sus conocimientos a través del reconocimiento otorgado por autoridad pública a fin de recibir una compensación justa por su uso –previsto en los alcances del artículo 30 II punto 11 de la Constitución-, en otros términos, esta corriente busca la protección positiva de sus conocimientos y saberes tradicionales. Para esta práctica los mecanismos de registro, licencia o cesión de derechos exclusivos, serían los instrumentos jurídicos viables de la transmisión de los derechos de la propiedad y en su caso del know how¹¹

En segundo lugar, algunos de los titulares y representantes se preocupan por el daño cultural, social, moral y psicológico que pudiera ocasionar la utilización no autorizada de sus conocimientos, desean controlar e impedir completamente en Bolivia y terceros países su utilización y divulgación, ya que la explotación comercial de sus expresiones o el uso indiscriminado que no respeta la autoría o el origen, entrañaría la pérdida de su identidad cultural, dignidad y de sus valores milenarios –previsto en los alcances del artículo 30 II punto 9¹² de la Constitución-. En otros términos esta corriente busca una protección defensiva de sus conocimientos. Para

11 El Know How es un conjunto de conocimientos conservados bajo secreto –sin un título de exclusiva conferido por el Estado-. Pg 68 Contratos Internacionales sobre Propiedad Industrial de Pedro A. de Miguel Asensio. Estudios de Derecho Mercantil. España.

12 El punto 9 del artículo 30 párrafo II de la Constitución señala: "A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados"

esta práctica el mecanismo de la vigilancia nacional e internacional de las solicitudes de registro a través de agencias y expertos, resultaría apropiado.

VI.- FUNCION SOCIAL DE LAS PATENTES Y PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Sea cual fuere el sistema que adopte Bolivia para proteger los saberes y Conocimientos Tradicionales, a través del registro, el resultado de contar con una nueva Ley será beneficiosa para las comunidades. Bolivia es un país legitimado moral y materialmente para abanderar, como lo ha hecho antes, el tratamiento de esta tema en el contexto internacional y nacional.

Otros países han utilizado y utilizan el sistema de la propiedad intelectual en beneficio de su desarrollo tanto en la generación de derechos intelectuales a través del registro, como en el acceso a nuevas creaciones o información tecnológica contenida en documentos de patentes de dominio público disponibles en las oficinas especializadas de propiedad Intelectual del mundo que permiten conocer el estado del arte de determinada tecnología. La Ley de protección de saberes y conocimientos tradicionales debe tener la virtud de convivir con el sistema clásico de propiedad intelectual, que está ligado íntima y naturalmente al desarrollo de las capacidades tecnológicas y creativas del ser humano en su evolución

Considero que la atención y el debate para proteger los conocimientos y saberes tradicionales no debe limitarse a su esfera conceptual ya que las patentes, marcas, diseños industriales también son conocimientos y saberes creados y desarrollados por personas de forma espontánea o a través de procesos de investigación; **por tanto el debate de lo tradicional esta en lo colectivo**, en lo oral, en la trascendencia del ámbito territorial y es ahí a donde debe enfocarse la protección. En este panorama la nueva pregunta que surge es: como garantizar la protección de los derechos colectivos?, está claro que el sistema clásico de la propiedad intelectual aunque protege algunos conocimientos colectivos no es el único para proteger aquellos conocimientos que han sido transmitidos de generación en generación y de los que no existe un reporte documental o donde el titular no es un individuo de una comunidad, sino toda la comunidad que en definitiva decidirá sobre el destino positivo o defensivo del conocimiento.

La recopilación documental de los conocimientos tradicionales colectivos, para efectos del registro, en el ámbito de las artes y las ciencias, implicará un trabajo de campo y el desplazamiento de investigadores hacia las comunidades de origen, más que disponerse a la recepción de eventuales solicitudes de registro.

Finalmente no se puede desconocer la naturaleza social del sistema clásico de la propiedad intelectual, desde que se concibió el sistema, especialmente en el

ámbito de las patentes y el derecho de autor; donde el Estado otorga un derecho o privilegio de exclusividad a un creador por un determinado tiempo; y al cabo del cual el titular tiene la obligación de ceder a la colectividad (dominio público) para que su uso sea gratuito y accesible, y contribuya a la generación de nuevos saberes. En estas circunstancias cualquier ciudadano, empresa, productor, comunidad, puede acceder al conocimiento sin necesidad de pagar una licencia por su utilización, porque así fue diseñado el sistema.

VII.- PROPIEDAD INTELECTUAL Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN LA MEDICINA

El artículo 42 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, establece que es responsabilidad del Estado promover la medicina tradicional incorporando el registro de medicamentos naturales y de sus principios activos, así como la protección y el respeto, uso, investigación y práctica de la medicina tradicional, protegiendo su conocimiento como propiedad intelectual, histórica, cultural, y como patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Este artículo precisa que el conocimiento de la medicina tradicional debe protegerse como propiedad intelectual, esto quiere decir que se procederá a su registro en la modalidad de patente, secreto industrial o a través del sistema de

registro sui géneris de los saberes y conocimientos tradicionales que aún no está normado? En cualquier caso, los derechos en favor de los creadores individuales y colectivos, de nacionales y extranjeros, están garantizados en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

VIII.- CONOCIMIENTO TRADICIONAL VINCULADO A LA CULTURA, ARTES Y TECNOLOGIA

En la misma línea el artículo 100 I de la sección III de culturas, párrafo II de la Constitución señala:

“Es patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos las cosmovisiones, los mitos, la historia oral, las danzas, las prácticas culturales, los conocimientos y las tecnologías tradicionales”

El párrafo II garantiza la protección de este patrimonio, cuando señala:

“El Estado protegerá los saberes y los conocimientos mediante el registro de la propiedad intelectual que salvaguarde los derechos intangibles de las naciones y pueblos indígena originario campesinas y las comunidades interculturales y afrobolivianas”

El artículo precisa a los elementos que comprenden el patrimonio de las naciones y pueblos indígena y originario en el párrafo I, y se refiere a los conocimientos culturales y tecnológicos que generan derechos intangibles en las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y las comunidades interculturales y afrobolivianas. Estos derechos, aclara el artículo, deben ser protegidos por el Estado mediante el **registro** de la propiedad intelectual. A diferencia de la Ley 1322 de Derecho de Autor del año 1992 el artículo no hace referencia a la artesanía y el folklore como categorías del conocimiento tradicional.

Como se puede apreciar en todos los casos la protección del conocimiento tradicional pasa por el registro de la propiedad intelectual, que será el instrumento operativo más significativo para un país que ha mantenido en los últimos veinte años una posición invariable de protección y defensa de los saberes y conocimientos tradicionales. Sin duda, la estructura jurídica en rango constitucional que aporta la nueva Constitución para su protección en su artículo 102, sitúa a Bolivia en una posición pionera en la búsqueda de la protección efectiva del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas originarios.

IX.- CONCLUSIONES

1.- La nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia del año 2009 incorpora en rango constitucional la protección de la propiedad intelectual y garantiza la convivencia de dos sistemas de protección del conocimiento; por una parte protege el conocimiento individual y por otra el conocimiento tradicional colectivo, ambos por la vía del registro de la propiedad intelectual.

2.- La posición boliviana en relación a la defensa y protección de los conocimientos tradicionales vinculados a la propiedad intelectual, en los últimos 20 años es creciente; y se expresa jurídicamente en la Ley de Derecho de Autor de 1992, Decisión 486 del año 2000 y la Constitución Política del Estado del año 2009

3.- Bolivia cuenta con una base legal para encarar la protección de los conocimientos tradicionales, que además están asociados a una inmensa biodiversidad y culturas tradicionales milenarias, que deben ser, las directas beneficiarias de la protección sea en su ámbito defensivo o positivo.

4.- Una Ley especial de protección de Conocimientos Tradicionales debe tener la virtud de convivir con el sistema clásico de propiedad intelectual (marcas, patentes, derecho de autor, biotecnología) que está ligado íntimamente al desarrollo de las capacidades creativas individuales y colectivas del ser humano.

X.- BIBLIOGRAFIA

- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia del año 2009
- Decisión 486 (Régimen Común Andino de Propiedad Industrial) de Septiembre del año 2000.
- Ley de Derecho de Autor 1322 de Abril de 1992
- Ley de Privilegios Industriales de 1916
- Ley Reglamentaria de Marcas de 1918
- Constitución Política del Estado del año 1945
- Constitución Política del Estado del año 1826
- Acuerdo Sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) del año 1995
- Convenio de la Unión de Paris (CUP) para la propiedad industrial
- Convenio de Berna para autores y compositores
- Convenio de Roma para artistas e intérpretes
- Decretos Supremo 27938 de 20 de Diciembre de 2004 y Decreto Supremo 28152 de 17 de Mayo de 2005 de creación, atribuciones y competencias del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI)
- Ley No. 1334 de 4 de mayo de 1992. Denominación de Origen del Singani
- ***Estudios de caso de negociaciones en el ámbito de comercio exterior, análisis y estrategias a nivel bilateral, regional y multilateral.*** Bolivia 2001. Marco Antonio Becerra & Raymond Saner Editors. (2001). Pg 51-71. (Propiedad Industrial en la búsqueda de proteger nuestros recursos naturales y humanos. Edwin Urquidi)
- Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe – Agencia Española de Cooperación Internacional. Comisión de Derechos Humanos. El avance de las Declaraciones sobre derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU y la OEA y el estado actual de ratificación.

- DE MIGUEL ASENSIO Pedro A.- *Contratos Internacionales sobre Propiedad Intelectual. Estudios de Derecho Mercantil*. Primera edición. Madrid España. (1995). Pags. 403
- URQUIDI. Edwin.- *Technological information in the Patent Offices of the MERCOSUR countries and Mexico. World Patent Information 2005*. England Elsevier Ltd. (2005). Pg. 245 – 250
- TOBON Natalia.- *Los Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina*. Derechos Intelectuales 10. Buenos Aires Argentina. Editorial Astrea (2003). Pags 136-148
- <file:///C:/My%20Intranet/My%20Documents/CEDPI/CONOCIMIENTOS%20TRADICIONALES/CABI.htm>
- <file:///C:/My%20Intranet/My%20Documents/CEDPI/CONOCIMIENTOS%20TRADICIONALES/velas%20de%20grasa%20de%20buey.htm>
- <http://www.semanaprofesional.com/?nota=20402>
- <http://www.wipo.int/tk/es/>
- <http://www.unfpa.org.bo/DeclaracionNNUUPI.aspx>
- <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D486.htm>

COMENTARIOS
NORMATIVOS



Artículo recibido: 12 de septiembre de 2011 | Artículo aprobado: 20 de septiembre de 2011

JURISDICCIÓN DE EQUIDAD

Roque Armando Camacho Negrete*

RESUMEN

El reciente reconocimiento oficial de la jurisdicción indígena originario campesina constituye una ratificación de la permanente tendencia estatal boliviana de incorporar a los ciudadanos dentro de la formalidad del sistema jurídico.

CODICE DI PROCEDURA CIVILE

El 21 de abril de 1942 entró en vigencia en Italia el *Código di procedura civile*, que constituye el monumental antecedente doctrinal y práctico más cercano de nuestro actual Código de Procedimiento Civil.

La norma procesal italiana de 831 artículos, aprobada el 28 de octubre de 1940, tras dieciséis proyectos, el primero en 1868 y el último en 1937, además de 40 leyes con cambios parciales, fue elaborada por una comisión integrada por Piero Calamandrei (1889-1956), Francesco Carnelutti (1879-1965) y Enrico Redenti, tres grandes procesalistas italianos seguidores de Giuseppe Chiovenda (1872-1937), más el magistrado Leopoldo Conforti, habiéndole dado forma al nuevo código que sustituyó al de 1865.

Este producto de la escuela italiana que constituye la reacción romanística a la escuela francesa y alemana, generó una legislación que incorporó lo positivo de ellas y de fácil aplicación en los países americanos.

Los españoles Niceto Alcalá Zamora y Castillo, exiliado en México y Santiago Sentís Melendo, en Argentina, con sus traducciones de las grandes obras de los actualmente clásicos procesalistas italianos difundieron las instituciones italianas en América.

* Roque Armando Camacho Negrete

El autor es abogado titulado en la licenciatura de Ciencias Jurídicas de la Universidad Gabriel René Moreno en 1988 y como magister en Administración de Justicia en la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca en el 2011. Actualmente se desempeña como Juez Agrario en Santa Cruz de la Sierra. Es autor del libro Manual del Sistema Judicial Agrario. Dirección electrónica: racn58@hotmail.com

ARTÍCULO NO INCORPORADO EN 1976

El **Código** estableció entre sus muchas bondades la posibilidad que los juicios se resuelvan de acuerdo a la equidad¹.

Tal norma procesal, establece una diferencia entre el juicio de derecho y el juicio de equidad², así:

“Art. 113 (Pronuncia secondo diritto) Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equita. Il giudice di pace decide secondo equita le cause il cui valore non eccede lire due milioni”³.

Esa parte de la norma no fue incorporada en el Código de Procedimiento Civil de 1976.

EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE 1976

Esa legislación dio origen a los 790 artículos del Código de Procedimiento Civil, vigente desde el 2 de Abril de 1976, aprobado mediante el Decreto Ley N° 12760, del 07 de agosto de 1975 y elevado a rango de Ley además de modificado con la Ley N° 1760, del 28 de febrero de 1997, que sustituyó al Código de Procederes Santa Cruz de 1932 y su legislación modificatoria, originado en la escuela francesa.

La comisión redactora del Código de Procedimiento Civil de 1976, designada por Decreto Supremo N° 10575 de 10 de noviembre de 1972, estuvo integrada por Rodolfo Virreira Flor (elegido presidente), Jorge Méndez Fernández, Víctor Hugo Mendizábal, Nataniel Paz Méndez y Hugo del Granado. No aceptaron el nombramiento Mendizábal y Paz, además Carlos Tovar se incorporó a la Comisión en diciembre de 1973 e intervino como coordinador de ambas comisiones Walter Morales Aguilar, habiendo trabajado en base al **Código** de 1942.

EQUIDAD

El comportamiento de “bondadosa templanza habitual” para emitir una decisión conforme al deber o la conciencia es la equidad, según la aceptada definición del Diccionario de la Lengua Española⁴ con la que coinciden filósofos y jurisconsultos, quedando las normas positivas creadas por los legisladores excluidas de la decisión.

1 En latín: *aequitas*. Su traducción mas extendida es “igualdad”.

2 Calamandrei, Piero: *Proceso y Democracia*, sin número de edición, editorial Ara, Lima Perú, 2006, p. 39 y siguientes.

3 Traducción: “Art. 113 (Pronunciamiento según derecho) Al pronunciarse en la causa el juez debe seguir las normas de derecho, salvo que la ley le atribuya la potestad de decidir según la equidad. El juez de paz decide según la equidad las causas cuyo valor no excede de dos millones de liras”.

4 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima edición, editorial Espasa Calpe, Madrid, España, 1984, p. 572.

En este tipo de procesos, previamente establecidos por la norma, se deja que los procedimientos a desarrollarse sean conforme a la conciencia (que es donde objetivamente reside la equidad) del administrador de justicia.

La codificación procesal civil boliviana de 1976 (artículo 1), basada en el **Código**, no incorporó tales procesos. Empero, dejó que la equidad sea usada para resolver las causas de no existir normas aplicables al caso en cuestión o sean oscuras o insuficientes. Además, estableció que la equidad alternativamente se origina de la analogía (casos similares) o de las leyes positivas (artículo 193). Mientras, que la codificación sustantiva civil (artículos 520, 582 y 769) diferencia la equidad de los usos (hábitos).

Entonces la equidad, según la interpretación sistémica de la legislación nacional que permite racionalmente estructurar la ficción jurídica, está en la conciencia del que decide y nace de la analogía o las leyes positivas, en consecuencia no reside en la conciencia popular.

La equidad que en el **Código** era un proceso legalmente establecido para resolver los litigios, quedó en el Código de Procedimiento Civil de 1976 reducida a una opción condicionada del juzgador a momento de resolver; evidenciándose que los redactores de la norma adjetiva civil boliviana no se atrevieron a avanzar hacia el proceso de equidad.

JURISDICCIÓN INDÍGENA ORIGINARIA CAMPESINA

La novísima jurisdicción indígena originaria campesina reconocida por la Constitución del 2009⁵, que deberá desarrollar sus procedimientos y resolver conforme a los usos y costumbres de los pueblos y naciones indígenas y originarias, es el reconocimiento constitucional de los juicios de equidad a los que se refiere la norma procedimental italiana.

Siendo que el ámbito territorial⁶ es uno de los determinantes para que se accione la mencionada jurisdicción, existen 550.332 habitantes⁷ de los Territorios Indígena Originario Campesinos (TIOC), que estarán sujetos a ella.

REFORMA DE CÓDIGOS

Mientras la legislación pacíficamente va integrándose, en la primera quincena de junio pasado se ha conformado una comisión, llamada interinstitucional y conformada por miembros de los tres poderes del Estado, para la reforma de 12

5 Constitución del 2009, artículo 30.-, parte II., inciso 14.

6 Ley N° 73, también denominada Ley del Deslinde Jurisdiccional, del 29 de diciembre del 2010.

7 Tinta y otros, Efraín: *Informe 2010, Territorios Indígena Originario Campesinos en Bolivia*, sin número de edición, editorial Fundación Tierra, La Paz, Bolivia, 2011, p. 26.

códigos, labor que deberá culminarse en el 2011 y por mandato del Presidente de la República sus miembros están impedidos de considerar al derecho romano, por lo que la futura legislación procesal civil no deberá consignar las añejas instituciones romanas⁸ insertadas en el **Código**: personas, plazos, audiencias, instancia, juez, partes, resoluciones, jurisdicción, competencia, impugnaciones, cosa juzgada, pruebas, principios, costas, presunciones, etc.

Tal pretensión llama la atención de quienes estudiamos la ciencia del derecho y nos mantiene alertas para observar las innovaciones que se están elaborando conforme a la instructiva dada.

BIBLIOGRAFÍA:

Calamandrei, Piero: *Proceso y Democracia*, sin número de edición, editorial Ara, Lima Perú, 2006

Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima edición, editorial Espasa Calpe, Madrid, España, 1984.

Rosenberg, Leo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, sin número de edición, editorial Ara, Lima, Perú, 2007.

Tinta y otros, Efraín: *Informe 2010, Territorios Indígena Originario Campesinos en Bolivia*, sin número de edición, editorial Fundación Tierra, La Paz, Bolivia, 2011.

8 Rosenberg, Leo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, sin número de edición, editorial Ara, Lima, Perú, 2007, p. 51 y siguientes.

COMENTARIOS
JURISPRUDENCIALES



Artículo recibido: 20 de junio de 2011 | Artículo aprobado: 30 de septiembre de 2011

PLAZOS PROCESALES

Orlando Parada Vaca*

La interpretación de legalidad ordinaria es atribución de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional no tiene atribuidas competencias para cumplir con esa tarea. Entre esos elementos que competen a jueces y magistrados de la jurisdicción común está el delicado y siempre controvertido tema de los plazos procesales.

Plazos procesales en recursos ordinarios ante la jurisdicción ordinaria:

En los recursos ante la Corte Suprema de Justicia, entre ellos el recurso de casación, si este fue presentado fuera del plazo legal, el recurso debe ser admitido si fue presentado el primer día hábil siguiente al término de la suspensión de labores.

La Doctrina Legal aplicable está definida en el AS 376-2010 de 13-11 emitido por la Sala Penal II:

“Corresponde que los Tribunales de Alzada admitan un recurso de casación interpuesto contra sus Autos de Vista, fuera del cómputo legal, si dicho recurso fue presentado el primer día hábil al término de una suspensión de labores, cualquiera que sea la causa de tal suspensión, por ser asimilable esa circunstancia a las situaciones calificadas como de caso fortuito o fuerza mayor por la última parte del artículo 130 del Código de Procedimiento Penal, que justifican el incumplimiento de un deber, compromiso u obligación, por ser inevitable para los litigantes esa omisión en atención al hecho de no tener origen en la voluntad de ellos”. (Negrillas y subrayado es nuestro)

Plazos ordinarios en recursos ante la jurisdicción constitucional:

En el trámite de recursos constitucionales ante los Tribunales de Garantía, cualquier memorial o petición debe acogerse al régimen de los plazos procesales que se aplica a dicha jurisdicción. Por tanto, deben contabilizarse los días sábados.

* Orlando Parada Vaca

Director de la Fundación Iuris Tantum y de la Revista Boliviana de Derecho. Lic. en Derecho de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno. Especialidad y Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil por la U.A.G.R.M. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia.

Recurso de aclaración y Complementación:

“Al respecto de la presentación del memorial solicitando la aclaración, complementación y enmienda, se debe tener en cuenta que la misma tiene que ser presentada dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación con la resolución, lo que no ocurrió en el caso de autos, donde el memorial de complementación y enmienda fue presentado un día después, sin que tal actuación haya sido observada por el Tribunal de garantías, pues no se consideró que el día sábado es un día hábil para las Cortes Superiores de los distintos Distritos Judiciales, así lo ha determinado este Tribunal al referirse en el AC 0058/2010-RCA de 26 de mayo, que el cómputo de plazo para la impugnación de las resoluciones de improcedencia o rechazo, comprende también, el día sábado, al señalar que: “...este recurso fue presentado de forma extemporánea, fuera del plazo de tres días hábiles que se tiene para ese fin, conforme al lineamiento jurisprudencial dispuesto en el ya citado AC 0107/2006-RCA, aclarándose que una vez notificada la parte recurrente el día viernes 28 de septiembre 2008, tenía como término para presentar la impugnación tres días hábiles, es decir hasta el día martes 2 de octubre de ese año, considerando que los días sábados, lunes y martes son laborales y por tanto hábiles en las Cortes Superiores de Justicia”; en consecuencia, a través de Secretaría General de este Tribunal; devuélvase la presente acción de amparo constitucional a la Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Chuquisaca, constituida en Tribunal de garantías, a efecto de que se proceda al correspondiente archivo de obrados, con la aclaración de que en la presente causa en la Comisión de Admisión solo se ha referido a cuestiones procesales, sin desconocer los derechos descritos en el AC 107/2006-RCA. (Expediente 2010-21520-44-AAC, de 9 de marzo de 2011) (Negrillas y subrayado es nuestro)

Los recursos deben llevar firma de abogado

El recurso de aclaración, complementación y enmienda debe contener la firma de la parte recurrente y no sólo la firma del abogado patrocinante; por ello, el cómputo del plazo debe iniciarse desde la notificación con la resolución respectiva. Así lo expresa la SC 882-2010 –RAC de 10 de agosto:

“Por todo lo expuesto, se establece que el recurso de explicación y complementación al no contener la firma de los interesados no fue objeto de trámite alguno, es decir, no se abrió la posibilidad de que el Juez de instancia ingrese a su análisis y se pronuncie aceptando o rechazando la solicitud impetrada, tal es así que en la parte resolutive del Auto de 18 de julio de 2006, el Juez demandado, rechazó el escrito de explicación y complementación; consecuentemente, al haber sido rechazado el escrito por las causas anotadas y no habiendo ingresado el Juez de la causa al análisis del recurso en sí y su

posterior resolución disponiendo haber lugar o no a dicha solicitud, se establece que no es aplicable la previsión contenida en el **art. 221 del CPC**, puesto que en los hechos no existió un recurso de explicación y complementación planteado conforme a ley que habilite un pronunciamiento del Juez de la causa y consecuentemente suspenda el plazo de apelación de la sentencia, en tal sentido, habiendo sido notificados con la Sentencia el 16 de junio de 2006 y presentado el recurso de apelación el 27 de julio de ese año, descontando la vacación judicial establecida del 26 de junio hasta el 15 de julio de 2006, se establece que la misma se encontraba fuera de término, por lo que no existió ninguna vulneración al derecho a la defensa y debido proceso, lo propio en cuanto el Tribunal de apelación demandado, por lo explicado precedentemente no cometieron acto ilegal alguno”. (Negritas y subrayado es nuestro)

Este entendimiento e interpretación del Tribunal Constitucional fue comprendido como limitador al ejercicio pleno de los derechos de parte del Magistrado Marco Antonio Baldivieso Jinés, expresado a través de la disidencia de 24 de septiembre de 2010:

“Tanto la parte resolutive como los fundamentos de la SC 0882/2010-R no son compartidos por el magistrado que suscribe porque se realizó una **interpretación restrictiva de derechos**, que no condice con los **principios pro homine, pro actione y de progresividad**, explicados en el punto I de la presente disidencia, y tampoco con las normas contenidas en el Código de procedimiento civil, conforme se tiene desarrollado en el fundamento II de esta disidencia.

Al contrario de lo argumentado en la Sentencia que motiva la presente disidencia, correspondía que el Tribunal Constitucional, al constatar que el recurso de apelación fue presentado dentro del plazo previsto en el art. 220 del CPC computado a partir de la notificación con el Auto de 18 de julio de 2006 por el que el juez rechazó la explicación y complementación, en aplicación del art. 221 del CPC y a partir de una interpretación orientada por los principios antes mencionados, apruebe la resolución pronunciada por el Tribunal de garantías y, por tanto conceda la tutela solicitada”. (Negritas y subrayado es nuestro)

Impugnación de resoluciones de improcedencia o rechazo:

“Al respecto, este Tribunal ha precisado a través del **AC 0058/2010-RCA de 26 de mayo**, que el cómputo de plazo para la impugnación de las resoluciones de improcedencia o rechazo, comprende también el día sábado, al señalar que: “... este recurso fue presentado de forma extemporánea, fuera del plazo de tres días hábiles que se tiene para ese fin, conforme al lineamiento jurisprudencial dispuesto en el ya citado AC 0107/2006-RCA, aclarándose que una vez notificada la parte recurrente el día viernes 28 de septiembre 2008, tenía como

término para presentar la impugnación tres días hábiles, es decir hasta el día martes 2 de octubre de ese año, considerando que **los días sábados, lunes y martes son laborales y por tanto hábiles en las Cortes Superiores de Justicia**"; En consecuencia en el presente caso, el accionante tenía como plazo para impugnar la Resolución la improcedencia hasta el día martes 15 de septiembre de 2009, pero al haberla presentado un día después, la misma resulta extemporánea, y teniendo en cuenta que mediante AC 0094/2010-RCA de 22 de junio, se dejó establecido que: "...ante la impugnación extemporánea de las resoluciones de improcedencia o rechazo in limine, se dispone que la Comisión de admisión sin mayor trámite dispondrá mediante decreto la devolución del recurso al Juzgado o tribunal de garantías, para el respectivo archivo de obrados"; Por consiguiente a través de Secretaría General, devuélvase la presente acción de amparo constitucional a la Sala Social y Administrativa Tercera de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, constituida en Tribunal de garantías, a efecto que se proceda al correspondiente archivo de obrados, con la aclaración de que en la presente causa la Comisión de Admisión sólo se ha referido a cuestiones procesales. (**Expediente 2009-20634-42-AAC de febrero de 2011**) (Negrillas y subrayado es nuestro)

Los días hábiles para el Ministerio Público:

La determinación de los días hábiles no está expresamente determinado en las normas procesales penales, entendiéndose que se aplica supletoriamente el Art. 143 –II CPC "Serán días hábiles todos los días del año, excepto los declarados feriados por ley". De esta manera, se contabilizan como días hábiles de lunes a sábado.

Estos plazos, como estamos viendo y seguiremos comentando más adelante, no tienen una interpretación única, sino que se modula de acuerdo al tribunal, al recurso y la jurisdicción donde deberá aplicarse.

El Ministerio Público, por ejemplo, emitió la Resolución 109/2005 de 15 de septiembre por la que estableció como días hábiles, de lunes a viernes, excluyendo los sábados y domingos. Al respecto, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la SC 0223-2010 –RAC de 31 de mayo:

*"Para el análisis del presente caso y respecto al **principio de la seguridad jurídica** invocado por la recurrente, debemos hacer referencia con carácter previo, a un principio importante, que es el **principio de legalidad o también conocido como reserva de ley**; entendiéndose el mismo como fundamental, especialmente para el Derecho Público, pues mediante este principio, es que el ejercicio del Poder Público, se somete a la Constitución y a las Leyes; es decir, al imperio de la ley. Sólo un verdadero Estado de Derecho es respetuoso de la Constitución y las*

Leyes, encontrando en ellas su límite. Ningún poder público puede estar excluido del respeto y sometimiento a la Constitución y las leyes.

Este principio, es decir, el principio de legalidad es cimiento de la seguridad, por ello su importancia. Debemos señalar que ambos se encuentran inmersos en el contenido del art. 228 CPEabrg, que a letra indica: “La Constitución Política del Estado es la Ley Suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los Tribunales, Jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”. Asimismo, su asidero constitucional en la Constitución Política del Estado vigente, se encuentra en el art. 410, refrendando la supremacía constitucional como la cúspide del ordenamiento jurídico boliviano y la jerarquía normativa correspondiente a la cual todos los órganos o Poderes del Estado deben someterse. **En tal sentido, el principio de legalidad o también conocida como reserva de ley es la aplicación objetiva de la ley propiamente dicha, a los casos en que deba aplicarse.** Evitando así una libre interpretación o aplicación caprichosa de la norma.

En el presente caso la reserva de ley encuentra su asidero en **el art. 130 del CPP y la Resolución 109/2005 de 15 de septiembre**, mismos que no fueron cumplidos por el Fiscal de Distrito demandado, en consecuencia, se vulneró el principio de seguridad jurídica”. (Negrillas y subrayado es nuestro)

Plazos constitucionales

Recurso Directo de Nulidad: Días hábiles o días calendario:

A través de SC 0001-2010 –RDN de 20-09, el Tribunal Constitucional ha establecido que el cómputo de los plazos se establece tomando en consideración si deben entenderse éstos como sujetos a los días hábiles o deben correr los días calendario, implicando ello, un cambio de línea interpretativa, como lo indica la propia resolución que se transcribe a seguir:

“En cuanto al plazo en el que el recurso directo de nulidad debe ser interpuesto, el art. 81 de la LTC, fija el mismo, en treinta días computables a partir de la ejecución del acto o de la notificación con la resolución impugnada. Pese a que dicho precepto legal no indica si esos treinta días son computables en días hábiles o calendario; sin embargo, la jurisprudencia sentada por este Tribunal a través de los AACC 125/2003-CA, 327/2003-CA, 341/2003-CA y la SC 0080/2005 de 25 de octubre, entre otros, establece y refiere a días hábiles.

Ahora bien, este entendimiento jurisprudencial fue reconducido mediante el AC 55/2010-CA de 5 de abril, estableciéndose que el plazo de referencia debe ser calculado en días calendario; así, el referido Auto, en su precedente obligatorio o

ratio decidendi señaló lo siguiente: "...de una interpretación contextualizada de los arts. 39 y 81 de la LTC, se tiene en principio que aquél está inserto en el Título III referido a 'Las Disposiciones Comunes de Procedimiento', mientras que el art. 81 de la misma Ley es de aplicación exclusiva del recurso directo de nulidad, conformando el Título IV referido a 'Los Procedimientos Constitucionales'. Por consiguiente, se puede colegir que el art. 39 de la LTC, que se refiere al cómputo de plazos procesales para el Tribunal Constitucional una vez presentado o activado el recurso, no es aplicable al recurso directo de nulidad, que de manera específica está regulado por el art. 81 de la citada Ley, cuyo plazo, al no ser de carácter procesal, debe ser computado en días calendario". (Negrillas y subrayado es nuestro)

Cómputo del plazo del plazo de inmediatez

El ejercicio pleno y cierto de los derechos consagrados por la Constitución y las leyes no depende, exclusivamente, del tenor de la norma que los consagra o proclama. Son los tribunales constitucionales y ordinarios los que, al interpretar la norma al caso concreto, terminan por conferirle sentido práctico de aplicación a dicha norma. Es el tema de los plazos procesales ante la jurisdicción constitucional.

El cómputo del plazo de los seis meses debe comenzar a contabilizarse desde la fecha que se notificó la resolución a la parte interesada? Cuál es la fecha a tomarse en cuenta en dicha diligencia de notificación? La notificación en tablero del órgano judicial respectivo? Desde el decreto de "Cúmplase" que emite el órgano de instancia que será el encargado de ejecutar o hacer valer dicha resolución? Deben considerarse como fechas de inicio del cómputo del plazo, las notificaciones con los recursos planteados contra la resolución vulneradora de derechos, esto es, desde que se resolvió la petición de aclaración, complementación y enmienda? Debe tomarse en cuenta la resolución que resuelve la compulsa interpuesta por la parte afectada?

Todos estos aspectos han sufrido modulaciones y modificaciones sustanciales que terminan por determinar, procesalmente, la vigencia de los derechos constitucionales y los mecanismos de protección constitucional de esos derechos.

El proceso modulatorio, creo yo, se inició con la SC 261-2010 –RAC de 31 de mayo en la que se toma en cuenta la fecha de notificación con la resolución sobre la complementación solicitada aunque ésta haya sido de "No ha lugar"; pero se desecha la fecha de notificación con la resolución que deniega el recurso de compulsa. Veamos lo que expresa la mencionada SC 261-2010 –RAC de 31-05:

"De acuerdo a los antecedentes que cursan en obrados, se establece que la COMIBOL, solicitó explicación, complementación y enmienda del Auto de Vista impugnado, que mereció el Auto de 25 de abril de 2006, declarando no ha lugar

a la solicitud, el cual de acuerdo a lo señalado por el Tribunal del recurso en los fundamentos de la Resolución que se revisa, fue **notificado a la COMIBOL el 10 de mayo de ese año**, a horas 9:20, y que no ha sido refutado -dado que la diligencia correspondiente no cursa en obrados del presente amparo-; Auto que constituye, entonces, la última decisión judicial a partir de cuya notificación se debe computar el término de los seis meses, previsto por la jurisprudencia constitucional y actualmente por el art. 129.II de la CPE; puesto que ese era el último medio idóneo que ha podido reparar la ilegalidad hoy denunciada.

No es posible computar el plazo desde la notificación con el Auto Supremo 161 de 21 de agosto de 2006 -también impugnado- **que declaró ilegal la compulsas por negativa de concesión del recurso de casación**, como pretenden los accionantes, dado que tratándose de un proceso en ejecución de sentencia, las resoluciones dictadas en esta fase del proceso solo admiten apelación en el defecto devolutivo, sin recurso ulterior, tal cual lo establece expresamente el art. 518 del CPC. Por tanto, el recurso de casación y la consiguiente compulsas utilizadas por la parte accionante, no pueden ser considerados como recursos idóneos ni efectivos para hacer cesar los actos ilegales que se reclaman, por lo que no podían interrumpir el plazo de los seis meses a los efectos del cómputo de la inmediatez, al no tratarse de mecanismos legales de impugnación, sino que más bien, fueron utilizados equivocadamente por quienes en su momento asumieron la defensa de los intereses de la COMIBOL.

En consecuencia, el recurso ahora acción de amparo constitucional, incoada el 5 de enero de 2007, fue interpuesta fuera de plazo. Extemporaneidad que imposibilita el análisis de fondo de la problemática planteada. (Negrillas y subrayado es nuestro)

Se han verificado cambios en el entendimiento e interpretación constitucional del inicio del cómputo de los plazos procesales para interponer recursos constitucionales. En la SC 447-2010 –RAC de 28 de junio, se dejó establecido que el cómputo de los seis meses que establece el Art. 129 –II CPE como principio de inmediatez debe computarse desde la notificación con la resolución judicial o administrativa que vulneró los derechos reclamados sin tomar en cuenta otros elementos controvertidos.

“En ese entendido en lo que respecta a la búsqueda de tutela, existe un plazo para su interposición, el cual está previsto por el art. 129.II de la CPE, que señala: “La Acción de Amparo Constitucional podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa o judicial”; y si bien en la Constitución Política del Estado abrogada no se establecía el mismo; sin embargo, ya estaba definido por la sólida y reiterada jurisprudencia constitucional, que señaló que

el plazo para la interposición de la acción de amparo constitucional se justifica por que la jurisdicción constitucional no puede estar a merced de la voluntad desidiosa del supuesto agraviado, dado que el ciudadano o afectado en sus derechos, por su propio interés debe ser diligente y buscar la pronta reparación a sus derechos. Así la tanta veces citada SC 0770/2003-R de 6 de junio, señaló que este plazo "...resulta lógico, puesto que responde no sólo al principio de inmediatez sino también a los **principios de preclusión y celeridad**, los mismos que no sólo dependen de los actos de la autoridad sino también del peticionante, **quien debe estar compelido por su propio interés a realizar el seguimiento que corresponda a su solicitud**, de modo que cuando no ha sido diligente en propia causa no se puede pretender que esta jurisdicción esté supeditada en forma indefinida para otorgarle protección". (Negrillas y subrayado es nuestro)

A partir de la SC 521-2010 –RAC de 05 de julio, se definió con claridad el cómputo de los plazos para el cumplimiento del principio de inmediatez y el plazo de los seis meses para interponer la acción de Amparo Constitucional:

"A efectos de un **correcto cómputo del plazo de seis meses** para la interposición de la acción de amparo constitucional, teniendo en cuenta el plazo prudencial para la interposición del amparo y su naturaleza subsidiaria -que encarna el agotamiento en la misma vía de medios idóneos- debe ser modulado en los siguientes términos:

1. **El cómputo del plazo de los seis meses** para la interposición de la acción de amparo, es desde la notificación con la resolución o auto de vista que agota la vía, dado que ha sido el último actuado idóneo. Sin considerar los recursos, incidentes u otros medios no previstos por ley, o presentados extemporáneamente, aún en los casos de equivocación o error en su presentación, los cuales se consideran inidóneos.

2. Si es que **se hubiese solicitado enmienda, aclaración o complementación** de la resolución principal o auto de vista, que se constituye en el medio idóneo y que agota la vía, y no hubiesen sido consideradas, por extemporaneidad o el motivo que fuere; **al no tener trascendencia ni efecto en la resolución principal, el plazo de los seis meses corre desde la notificación con la resolución principal o auto de vista**, sin considerar la solicitud de aclaración, complementación o enmienda.

3. En los **casos en que la solicitud hubiese sido considerada dando lugar a la enmienda, aclaración o complementación, la misma pasa a formar parte del contenido de la resolución principal**, conformando un todo; en consecuencia, por los efectos o trascendencia, sólo en estos casos, el plazo de los seis meses corre desde la notificación con la resolución que da lugar a la complementación, enmienda o aclaración.

Las subreglas desarrolladas constituyen una modulación a la SC 0261/2010-R -que a efectos del cómputo del plazo de la inmediatez, tomó en cuenta al Auto que resolvió la solicitud de explicación, complementación y enmienda-, que deberán ser aplicadas con carácter vinculante a partir de la emisión de la presente Sentencia, en aplicación del art. 44.I de la LTC, realizando el cómputo del plazo de seis meses para la interposición de la acción de amparo constitucional, conforme a los entendimientos asumidos en el presente fallo”. (Negrillas y subrayado es nuestro)

Esta posición fue reiterada y ratificada por la SC 646-2010 –RAC de 19 de julio:

“A objeto de armonizar el principio de subsidiariedad y de inmediatez en el **inicio del cómputo del plazo**, antes previsto por la jurisprudencia y actualmente por la Constitución Política del Estado, en los casos en que se impugnan resoluciones sean judiciales o administrativas y el accionante o agraviado **hubiese solicitado complementación, enmienda o aclaración**, este Tribunal a través de la SC 0521/2010-R de 5 de julio, ha establecido subreglas para el inicio del cómputo del plazo, tomando en cuenta los efectos de la resolución emitida como respuesta a esa solicitud; en lo pertinente, es decir relacionado al caso de autos, estableció que en los casos en que: “se hubiese solicitado enmienda, aclaración o complementación de la resolución principal o Auto de Vista, que se constituye en el medio idóneo y que agota la vía, y no hubiesen sido consideradas, por extemporaneidad o el motivo que fuere; al no tener trascendencia ni efecto en la resolución principal, **el plazo de los seis meses corre desde la notificación con la resolución principal o Auto de Vista**, sin considerar la solicitud de aclaración, complementación o enmienda...”. (Negrillas y subrayado es nuestro)

En la SC 1393-2010 –RAC de 21 de septiembre, se ratificó plenamente el criterio interpretativo emitido por la SC 521-2010 –RAC de 05 de julio, respecto al cómputo del plazo de los seis meses.

Decreto de “Cúmplase”

A partir de la SC 347-2010 –RAC de 15 de junio, el plazo de los seis meses para el principio de inmediatez de la acción de Amparo Constitucional, debe computarse a partir de la notificación en estrados con la resolución afectadora de derechos y no desde que el juez emite el decreto de “Cúmplase”.

“En ese sentido, cabe aclarar que lo expresado en esta Sentencia Constitucional constituye un cambio al entendimiento jurisprudencial dado en la **SC 0839/2007-R de 11 de diciembre**, donde se señaló que: “...respecto a que el presente recurso hubiese sido presentado fuera del plazo de los seis meses establecidos por la jurisprudencia de este Tribunal a los efectos de la inmediatez,

se tiene que si bien, tomando en cuenta la notificación a los coprocesados con el Auto Supremo impugnado, en el tablero de Secretaría de Cámara de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ello sería evidente; sin embargo, y sin desconocer la validez legal de dicha notificación, la misma no puede ser tomada en cuenta a los efectos de dicho cómputo, dado que esa notificación por sí sola, no aseguraba el conocimiento efectivo de lo resuelto por parte de los coprocesados, pues fue practicada por cédula en esta ciudad de Sucre, siendo que el proceso y el domicilio de los indicados es Santa Cruz, donde conforme se establece en el apartado II.6. de este fallo, no se desarrollaron con la celeridad del caso las notificaciones correspondientes, no siendo posible entonces en este caso, tomar en cuenta la notificación cedularia practicada el 17 de enero de 2006, a los efectos del cómputo del plazo de los seis meses..." (las negrillas son nuestras); es un entendimiento que contraviene el orden constitucional; por tanto, en aplicación del art. 4.II de la Ley 003, no resulta aplicable, puesto que, por un lado no puede otorgarse validez a un acto de notificación en la sede de la máxima instancia de la jurisdicción ordinaria, y por otro, desconocerse los efectos legales de dicho acto procesal, puesto que según lo previsto en el art. 129.II de la CPE, como en la jurisprudencia constitucional, tratándose de impugnación de resoluciones judiciales el plazo corre desde la notificación con la misma, por cuanto en un proceso judicial, como se explicó anteriormente, las partes tienen el deber de actuar con lealtad y responsabilidad, primero porque al ser sujetos procesales están impelidos al seguimiento de la causa, y segundo, debido a que el órgano jurisdiccional representa al Estado Plurinacional, de de ahí por qué su actitud no debe ser pasiva, sino diligente, con la debida celeridad que es extensiva a los sujetos procesales inclusive.

Otro fundamento es que, al ser el **Auto Supremo el último medio idóneo** tendiente a la reparación de los derechos que se consideran lesionados, **desde su notificación corre el cómputo del plazo**, en tanto que el decreto de "cúmplase" a raíz de la devolución del expediente, es un acto procesal que no hace al fondo de lo ya resuelto por el Tribunal de máxima instancia de la jurisdicción ordinaria. A lo que se añade, que en el caso de autos, la notificación con el Auto Supremo 95 en sede de la Corte Suprema de Justicia, y con el decreto de cúmplase en el Tribunal de apelación, fueron notificados mediante cédula; en consecuencia, resulta ilógico restar validez a una notificación y dársela a la otra, cuando las dos tienen la misma formalidad y efectos.

Finalmente, tratándose del ámbito penal que es de donde emerge el presente caso, el **art. 163 del CPP**, no establece que el Auto Supremo tenga que ser notificado personalmente. Además si los accionantes hubiesen actuado diligentemente, demostrando la responsabilidad y lealtad exigida, en su momento hubiesen interpuesto un incidente de nulidad de notificación, donde

se habría dado respuesta a la duda respecto a la notificación; no así acudir a la jurisdicción constitucional de forma extemporánea con la finalidad de evadir el cumplimiento de un fallo que tiene la calidad de cosa juzgada, atentando contra la seguridad jurídica y la justicia". (Negrillas y subrayado es nuestro)

Ratificando ese entendimiento se emitió la SC 915-2010 –RAC de 17 de agosto, por la que reiteró que el decreto de “Cúmplase” a raíz de la devolución del expediente, no hace al fondo de lo ya resuelto:

*“De la normativa constitucional y jurisprudencia glosadas, se evidencia que la Constitución Política del Estado vigente, dispone que la acción de amparo constitucional podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses computables a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa o judicial que se considera lesiva a sus derechos o garantías constitucionales. Con relación a la última parte de este artículo, es necesario determinar con precisión a partir de qué momento deberá computarse el inicio del cómputo de los seis meses cuando se trata de la impugnación contra una resolución judicial. La **SC 0347/2010-R de 15 de junio**, al respecto puntualiza: “...se establece que dictado el Auto Supremo (...) por la (...) Corte Suprema de Justicia, éste fue notificado a los hoy accionantes en Secretaría de Cámara el 28 de marzo de 2006, fecha a partir de la cual se inicia el cómputo del término de los seis meses previstos por el art. 129.II de la CPE y la jurisprudencia constitucional, al constituir precisamente la última decisión judicial relacionada con los actos que se consideran ilegales, pues esa es la Resolución judicial de cierre o de última instancia que podría afectar al fondo de lo resuelto, con mayor razón si las accionantes son quienes interpusieron el recurso de casación y por tanto era su deber el seguimiento respectivo al recurso activado por ellos mismos...”, agrega más adelante que las partes del proceso tienen: “... el deber de actuar con lealtad y responsabilidad ante el órgano jurisdiccional que representa al Estado Plurinacional, dado que el impulso procesal no sólo es atribución de las autoridades jurisdiccionales, sino también de ambas partes o sujetos procesales, puesto que en el proceso y recurso como tal se define su situación jurídica...”.*

Entendimiento que constituye una **modulación de línea jurisprudencial**, puesto que anteriormente, el cómputo para la inmediatez en las acciones de amparo constitucional, en aquellos casos en los que se impugnaban resoluciones judiciales emitidas por el máximo órgano de justicia ordinaria, **no era posible computar a partir de la diligencia realizada en la Corte Suprema de Justicia**, situación superada en virtud al entendimiento asumido en estricta observancia del mandato del art. 129.II de la CPE, corroborado por el **principio de igualdad procesal** de conformidad con el art. 119.I de la misma Ley Fundamental, en

consecuencia, tratándose de impugnación de resoluciones judiciales el plazo corre desde la notificación con la misma, porque como se mencionó, los sujetos procesales tienen la obligación de realizar un seguimiento permanente de la causa, y la actuación procesal de notificación con el Auto Supremo que en los hechos se da en la Corte Suprema de Justicia, en tanto que el decreto “... de ‘cúmplase’ a raíz de la devolución del expediente, es un acto procesal que no hace al fondo de lo ya resuelto por el Tribunal de máxima instancia de la jurisdicción ordinaria...” (SC 0347/2010-R). (Negrillas y subrayado es nuestro)

LA ESPADA
DE DAMOCLES



RESPECTO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA

Ximena Guzmán P.*

De los hechos:

1.- El 11 de noviembre de 2002 **JE.V. S.**, habría otorgado un supuesto préstamo por \$us. 106.000.- a la Sra. **BD. P. G.**, que, a la fecha de la firma del documento respectivo, tenía 88 años de edad y se encontraba muy delicada de salud.

2.- En ese contrato de préstamo, intervinieron solamente el prestamista y la supuesta prestataria; en ausencia de notario, sin reconocimiento de firma, sin testigos y sin abogados. El préstamo fue otorgado a un año plazo, a una tasa del 2% de interés mensual y con la garantía hipotecaria de un inmueble ubicado en la calle Campero esquina Suárez Arana de la ciudad de Santa Cruz (zona Los Pazos), el mismo donde tenía fijado su domicilio la prestataria y su familia.

3.- La supuesta deudora, habría adjuntado al contrato de préstamo su Carnet de Identidad en donde acreditó:

- a) Su domicilio en calle Suárez Arana esquina Campero; y
- b) Que nació el 02 de noviembre de 1914.

4.- **BD. P. G.**, murió el 30 de agosto de 2003, tres meses antes de cumplirse el año pactado en el presunto préstamo y dejó a cinco hijos, quienes fueron declarados herederos ab intestato y desconocían la existencia de la supuesta deuda.

5.- Seis meses después de la muerte de la prestataria, el 04 de febrero de 2004, **JE.V. S.**, interpuso ante el Juzgado 7° PC, Medida Preparatoria de demanda y pidió recién el reconocimiento judicial de la firma y rúbrica de **BD. P. G.**

a.- La demanda fue dirigida contra los presuntos herederos (adjunta Certificado que acredita la muerte de nuestra causante el 30-08-03).

b.- A pesar de conocer el domicilio de la difunta, en el que vivía acompañada de su familia, y de ser este mismo inmueble otorgado en garantía del préstamo, **JE.V.S.**,

* Ximena Guzmán P.

Lic. en Comunicación Social (Universidad Católica Boliviana). Magister en Relaciones Internacionales (Universidad Nacional de Córdoba). Doctoranda en Ciencia Política (Universidad Nacional de Córdoba). Estudiante de Derecho.

invocó el Art. 124 –II CPC, jurando desconocer el domicilio de los herederos de su deudora y se los notificó por Edicto.

c.- Apelando al Art. 125 CPC, pidió se reconozca la firma y rúbrica de BD. P. G. estampada en el documento de préstamo de 11-11-02.

d.- Por Auto de 17-03-04, ante la incomparecencia de los presuntos herederos el Juez 7° PC dio por reconocida la firma y rúbrica de BD. P. G.

6.- Con el documento de préstamo con las firmas reconocidas judicialmente, JE. V. S., interpuso demanda ejecutiva: Expediente N° 41/04, IANUS N° 2004-04226, proceso en el cual se adjudicó el inmueble en el tercer remate, a los Sres. JL. G. F., y WH. O. D.

De la intervención de los afectados:

A.- Al haber tomado conocimiento de ese proceso de manera casual, días antes de procederse al tercer remate ya en el juicio ejecutivo, interpusieron incidente de nulidad el 16-09-06, alegando:

1.- Ausencia de citación personal con la medida preparatoria;

2.- Acta de juramento de desconocimiento de domicilio, que no cumplía con los requisitos exigidos por ley;

3.- Se omitió la designación de Defensor de Oficio;

4.- El Edicto de prensa no fue publicado en el tablero judicial por 30 días.

B.- Por Auto de 08-12-06 el Juez 7° PC, mediante Auto N° 923 de 06-12-06, declaró **Improbado** el incidente de nulidad; con los siguientes argumentos:

“CONSIDERANDO: “Cuando se ignora el nombre y domicilio del demandado, el art. 124 del Código de Procedimiento Civil, señala: La citación a persona cuyo domicilio se ignorare y cuando la demanda estuviere dirigida contra personas desconocidas, bajo apercibimiento de nombrársele defensor de oficio con quién se seguirá el proceso”

“De igual modo procederá cuando la demanda estuviere dirigida contra personas desconocidas.”

“Previo a la orden de citación por edictos, en cualquiera de estos casos, deberá ser con juramento de ser cierta las circunstancia anotadas, a tomarse en día y hora hábil en el juzgado”.

"Transcurridos los treinta días, el Juez designará defensor de oficio, a quien correrán traslado de ley para que responda y asuma defensa" Manual de Derecho Procesal Civil" Tomás Tudela Tapia- Cuarta Edición-2006, Pág. 154.

Se tenga presente que la declaratoria de rebeldía prevista por el artículo 68 y la designación de defensor de oficio establecida por el artículo 124 Parágrafo IV del Código de Procedimiento Civil NO son aplicables en esta clase de procesos, que se halla previsto por el art. 30 Parágrafo IV de la Ley 1760.

Por lo que en autos, se debe tener presente, que el acreedor no está obligado a tener conocimiento de la universalidad de los presuntos herederos que puedan existir, al fallecimiento de un deudor, y **mucho menos conocer en forma precisa y exacta el domicilio de los mismos, por lo que ante esta situación, la ley prevé su citación mediante Edictos de Prensa**, que viene a constituirse en el llamamiento de carácter público que hace la ley a todos los presuntos herederos que puedan existir ante la apertura de una sucesión con la muerte real o presunta de una persona, es decir a todos los sucesores legatarios y testamentarios que puedan existir. Por lo que el medio idóneo que ha previsto la ley para esta clase de situaciones, se encuentra prevista por el artículo 124 y 125 del Código de Procedimiento Civil, norma de orden público y de cumplimiento obligatorio, tal cual lo previene el artículo 90 de la Norma Procesal ya citada.

En el caso de autos, los demandados en su momento se constituyen en personas inciertas, de quienes no se tiene conocimiento cierto y evidente de su existencia, por cuanto se ha demandado a presuntos herederos y de domicilio desconocido.

Como consecuencia de lo expresado, surge la presente interrogante: ¿ Qué pasaría si en cada etapa del proceso, aparecen los presuntos herederos y se procede a la anulación de su citación mediante Edictos de Prensa, y después de esta nulidad prosigue el proceso, y posteriormente aparecen y se apersonan otros presuntos herederos, y así sucesivamente, se anulará nuevamente actuados ??.

Por lo que lo determinado por los artículos 124 y 125 del Código de Procedimiento Civil, en los que se establece la citación de personas desconocidas demandadas y cuyo domicilio se ignore, es de orden público y de aplicación obligatoria, la misma que es legal en toda forma de derecho, tal cual es la citación mediante Edictos de Prensa de fs. 11 a 13 a los Presuntos Herederos, en el presente proceso.

Jurisprudencia: Nulidad -Principio de Especificidad-" En la sustanciación de un proceso, ningún trámite o acto judicial será declarado nulo si la nulidad no estuviere expresamente determinada por ley (art. 251 Cód. Prod. Civ.). A. S. NO. 254, de 9 de septiembre de 1997.

POR TANTO: Sin entrar en otras consideraciones de orden legal, se rechaza y declara IMPROBADO el incidente de nulidad de obrados promovido por los herederos de la deudora y causante Bertha Delfina Parada Vda. de Valdivia, mediante memorial de fs. 193 a 197". (Negrillas y subrayado es nuestro)

C.- El 22-12-06 los herederos plantearon recurso de apelación. Por Auto de Vista N° 228 de 21 de mayo de 2007, **los vocales de la Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito de Santa Cruz Confirmaron** el Auto apelado de 06-12-06, fundamentando su decisión en que:

"QUE, resolviendo los puntos apelados que, guarden conformidad con los puntos resueltos por el juez, conforme lo establece, el artículo 236 del Procedimiento Civil, se tiene:

1º.-Al haberse demostrado la defunción de Bertha Delfina Parada Guzmán de Valdivia, (viuda) acaecida en 30 de agosto de 2.003 (fs. 2) con posterioridad a la suscripción del documento de préstamo de dinero de fojas uno y vta. y como dicho documento no contaba con reconocimiento de firmas, fue que se emplazó a los herederos de la misma mediante edictos de prensa, conforme lo establecen los parágrafos I y II del artículo 124 del Procedimiento Civil, prestándose el juramento de ley y las publicaciones correspondientes, (8, 11, 12 y 13) para luego darse por reconocidas las firmas y rúbricas y la autenticidad del documento.- Quien solicita la citación por edictos es porque desconoce, el domicilio o la identidad de los demandados, (en este caso los herederos de la causante) y por consiguiente no tiene la obligación de conocer quiénes son los herederos de la causante, ya que para ello se los cita mediante edictos de prensa para que se presenten y realicen los reclamos correspondientes.

2º.- El acta de juramento de fojas 8, cumple con la formalidad exigida por los artículos 124, 125 y 126 del Pdto. Civil, ya que en el consta el juramento de desconocimiento del domicilio de los herederos de Bertha Delfina Parada Vda. de Valdivia.-

3º.- En los procesos ejecutivos, como es el presente, no es aplicable la designación de defensor de oficio, por expresa determinación del artículo 30 -IV de la ley 1760 que incorpora el artículo 509 del Procedimiento Civil, dos parágrafos.

4º.- La falta de colocación en el Tablero Judicial del edicto por 30 días, no constituye causal o motivo de nulidad, no está previsto en el artículo 247 del Procedimiento Civil, máxime si los edictos han sido publicados en un órgano periodístico de circulación nacional, previo juramento de desconocimiento del domicilio y/o identidad de los emplazados.-

CONSIDERANDO.- Que no siendo ciertos ni evidentes los agravios que acusan los apelantes, corresponde dar aplicación al artículo 237-I del Procedimiento Civil; habida

cuenta que los recurrentes cuentan con el derecho que les proporciona el art. 490 del Procedimiento Civil, siempre que hagan uso del mismo en el tiempo previsto por ley.-

PORTANTO.- La Sala Civil Primera de la Corte Superior de Justicia del Distrito, **CONFIRMA** el auto apelado de 06 de diciembre de 2.006, con costas”.- (Negrillas y subrayado es nuestro)

D.- Agotados los medios y recursos ordinarios, en un último intento de hacer valer sus derechos y evitar una injusticia, los herederos interpusieron Amparo Constitucional contra las resoluciones dictadas por el Juez 7° PC y por la Sala Civil Primera.

El Amparo fue resuelto por los vocales de la Sala Civil Primera, con los fundamentos siguientes:

“Considerando: Que, analizado lo argumentado por las partes intervinientes como los datos del proceso, se tiene que:

(...)

3.- En el caso de Autos a fs. 193 a 197 los recurrentes proponen un incidente de nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo y ponen en discusión la citación por edicto que les hubiera causado indefensión; la ubicación exacta del nombre de la calle del inmueble embargado y rematado en el proceso; forma del documento a fs. 1 en cuanto a la nulidad por forma, en razón de que un documento hipotecario se constituye solamente por instrumento público y no por privado; la ausencia de aceptación del esposo de la difunta deudora en la suscripción del documento privado salientes a fs. 1 del expediente original.- Sin embargo en el recurso de apelación de fs. 309 á 313 solamente como puntos de agravios se indica que no fueron citados personalmente, que existe discrepancia en cuanto a la citación por edicto de prensa y lo jurado en el acta correspondiente, que existe ausencia defensor de oficio y que no se colocó en el tablero judicial el edicto de prensa y la declaración de rebeldía.- Al respecto, el auto de fs. 64 abarca en su totalidad aquellos puntos porque en la parte considerativa de fondo antes de llegar a la parte dispositiva, en el punto uno habla lo referente a la identidad de domicilio de los citados por edicto, en el punto dos involucra el acta de juramento, en el punto tres involucra lo relativo al defensor de oficio y por supuesto lo referente a todo ello incluyendo la citación en tablero, en consecuencia la Sala Civil Primera de esta Corte Superior de Distrito no ha incurrido en ningún acto ilegal ni omisión indebida;

3.- En cuanto a las probanzas de prueba aludidas no pueden ser discutidas en el presente recurso de Amparo Constitucional, habida cuenta que ello corresponde

al órgano O jurisdicción ordinaria mediante los procedimientos o los procesos o acciones correspondientes.

4.- En ninguna parte del Procedimiento Civil prevé la designación de defensor de oficio en una medida preparatoria, esta designación de abogado de oficio solamente procede en cierta clase de procesos como en aquellos de cognición y otros que tienen una similitud como lo que actualmente se lleva en la vía sumaria ante los Jueces Instructores según la cuantía, pero no en una medida preparatoria de demanda.-

5.- En cuanto el aspecto de la discrepancia entre el otrosí de la demanda cuando se solicita la citación de los herederos de la deudora por desconocer su domicilio y el acta de juramento prestado, se tiene que existe nulidad de proceso en casos particularmente definido por la jurisprudencia ordinaria y la jurisprudencia constitucional, la nulidad está expresamente detallada en la ley, básicamente en el art. 251 del CPC, el hecho de una aparente contradicción en el otrosí y el acta no tienen ninguna relevancia en el futuro proceso ejecutivo, no tiene ninguna redundancia de adquirir conocimiento mediante la publicaciones de los edictos en un diario de circulación nacional, por que en el edicto de prensa se está designando presuntos herederos y desconocimiento de domicilio y en el acta al decir que se desconoce el domicilio de los demandados y en la demanda, se esta indicando que son herederos que no se conocen.

POR TANTO: La Sala Civil Segunda de S:R. Corte Superior de Distrito **DENIEGA** el recurso de Amparo Constitucional, sin lugar a daños ni perjuicios.

Se ordena dejar sin efecto cualquier mandamiento de desapoderamiento intertanto el Tribunal Constitucional revise este recurso de Amparo y dicte su sentencia respectiva.

En el término de ley se remitirán obrados al Tribunal Constitucional en grado de revisión.

Con lo que terminó la presente audiencia firmando en constancia el Tribunal de Amparo y suscrita Secretaria de Cámara". (Subrayado es nuestro)

E.- Los herederos de BD. P. G., tuvieron que esperar un poco más de cuatro años para que sus derechos les sean restituidos y se anule el injusto e ilegal proceso ejecutivo donde se remató y adjudicó el inmueble que habían heredado.

En revisión, el Tribunal Constitucional dictó la **SC N° 2797/2010-R de 10 de diciembre de 2010**, que en sus partes más sobresalientes expresa:

“III. 3. De la citación con la demanda en medida preparatoria

Antes de ingresar a resolver el caso en análisis es conveniente dejar en claro algunos aspectos que rodean a la citación en materia civil.

*En el memorial de medida preparatoria de demanda en cumplimiento del **art. 327 inc. 4) del CPC**, el actor deberá señalar las generales de ley del demandado y cual el domicilio del demandado o demandados, lugar en el cual deberá ser buscado para ser citado, éste es el lugar al cual deberá concurrir el oficial de diligencias del juzgado donde se tramita la causa para practicar la citación como lo manda el **art. 120 del CPC** y si el demandado no fuere encontrado en su domicilio, -previo pre aviso y representación del oficial de diligencias- se procederá a la citación mediante cédula judicial, como lo establece el art. 121 del Adjetivo Civil.*

*En caso de que el demandado no tuviere su domicilio en el lugar donde se formalizó la demanda -aspecto que deberá el demandante hacer constar en forma expresa en el memorial de demanda señalando el lugar donde tiene el demandado su domicilio real- **la citación con la misma se practicará mediante orden instruida, exhorto suplicatorio o comisión instruida**, la que se dirigirá en forma expresa a la autoridad que se encargará de diligenciar la misma, la autoridad encomendada en el diligenciamiento de la misma deberá dar estricto cumplimiento a las normas jurídicas ya citadas precedentemente.*

*En caso que la demanda se dirigida contra personas desconocidas o con domicilio desconocido, la citación se practicará mediante la publicación de edictos cumpliendo con las formalidades previstas por el **art. 124 del CPC**.*

*En todas estas posibilidades **el actor es el responsable de la exactitud y veracidad del señalamiento del domicilio del demandado o del desconocimiento de dicho domicilio o de la identidad de los demandados**, pues si el actor denunció un domicilio falso, equivocado, dijo desconocer el mismo o señaló que no conocía la identidad de los demandados, y resulta que su afirmaciones son falsas, se verá con altas probabilidades de incidentes de declaratoria de nulidad de obrados, pues al haber actuado de mala la fe, habría situado en manifiesta indefensión al demandado, conculcando los principios de buena fe procesal, lealtad y probidad.*

Siendo el cumplimiento de estas directrices, los parámetros mínimos previstos por el legislador para garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso de los justiciables, buscando que el destinatario de la demanda pueda tener la oportunidad cierta de conocer el contenido de la comunicación judicial y pueda asumir en el marco de su autonomía de la voluntad las conductas que el ordenamiento jurídico pone a su disposición.

(...)

“En el marco anotado, los emplazamientos, citaciones y notificaciones (comunicaciones judiciales en sentido genérico), que son las modalidades más usuales que se utilizan para hacer conocer a las partes o terceros interesados las providencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales o administrativos, para tener validez, deben ser realizados de tal forma que se asegure su recepción por parte del destinatario; pues la notificación, no está dirigida a cumplir una formalidad procesal en sí misma, sino a asegurar que la **determinación judicial objeto de la misma sea conocida efectivamente por el destinatario**, (así SC 0757/2003-R de 4 de junio); dado que sólo el conocimiento real y efectivo de la comunicación asegura que no se provoque indefensión en la tramitación y resolución en toda clase de procesos...”.

III. 4. Análisis del caso concreto

En la problemática planteada se tiene que los accionantes **presentaron incidente de nulidad de obrados**, porque con la medida preparatoria de demanda de reconocimiento de firma y rúbrica de su causante **fueron citados mediante edictos y no personalmente en su domicilio real**, que resulta ser el mismo que supuestamente había dado en garantía hipotecaria su causante Bertha Delfina Parada Vda. de Valdivia en el documento de 11 de noviembre de 2002 de préstamo de dinero por la suma de \$us106 000.-, además **que el edicto no se publicó en el tablero judicial**, incidente que fue rechazado por el Juez demandado y confirmado en alzada por el Tribunal de segunda instancia.

(...)

Deduciendo resulta que, la diligencia de citación mediante edictos a los herederos de la demandada adolece de dos defectos sustanciales, **primero se ha evidenciado que el actor de la medida preparatoria de demanda no desconocía la identidad de todos los herederos**, pues el mismo adjunto certificado de defunción de su deudora Bertha Delfina Parada Vda. de Valdivia, documento en el cual consta el nombre de la persona que pidió la inscripción Bertha Inés Valdivia Parada y dice, relación con el difunto hija (fs. 2) además el demandante tenía en su favor la garantía hipotecaria del inmueble de su deudora, que actuando de buena fe pudo apersonarse a dicho inmueble a indagar sobre posibles herederos de su deudora fallecida; **segundo que el edicto no se fijó por el término de treinta días en el tablero especial de la casa de justicia**, formalidad que también ha disminuido la posibilidad de que los herederos de Delfina Parada Vda. de Valdivia se enteren de la existencia de la demanda y puedan asumir defensa.

Es así, que las autoridades demandadas, evidentemente han aplicado la ley equívocamente generando la conculcación de los derechos de los accionantes al debido proceso, defensa, al convalidar un vicio insubsanable, por lo que las autoridades demandadas, deberían haber dado curso a la nulidad planteada y sanear el proceso.

Debemos tener presente que las normas jurídicas -en cuanto se refiere a la tramitación de las causas y en especial en cuanto a las citaciones y notificaciones- son de orden público y de cumplimiento obligatorio, pues los litigantes no pueden crear su propio procedimiento o sus propios mecanismos para que se practiquen las citaciones; pues las autoridades demandadas, quieren darle valor legal a una diligencia indebida y viciada de nulidad.

El debido proceso consiste en el deber de observar rigurosamente todos los pasos e instancias formales previstas por la ley y otras normas, comprende a su vez el derecho a la defensa, previsto por el art. 16. II de la CPEabgr, ahora arts. 115.V y 119.II de la CPE, como potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo y haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Por lo fundamentado, se concluye que **al no haberse determinado la nulidad cuando correspondía**, se vulneró el derecho a la defensa y lógicamente también la garantía al debido proceso de los accionantes. Debiendo por este motivo otorgarse la tutela.

En consecuencia, el Tribunal de garantías, al haber denegado la tutela solicitada, no ha valorado correctamente los antecedentes que cursan en el proceso, ni efectuando una aplicación cabal de la norma prevista por el art. 19 de la CPEabgr, actual art. 128 de la CPE.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción y competencia que le confieren los arts. 4 y 6 de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, denominada Ley de Necesidad de transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público; 7 inc. 8) y 102. V de la LTC, en revisión resuelve:

1º REVOCAR la Resolución 511/2007 de 6 de julio, cursante de fs. 204 a 205, pronunciada por la Sala Civil Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz; y en consecuencia, **CONCEDE la tutela solicitada.**

2º Dispone dejar sin efecto el Auto de Vista 228 de 21 de mayo de 2007, debiendo las autoridades demandas -Vocales de la Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz-, pronunciar una nueva resolución tomando en cuenta los criterios de esta Sentencia". (Negrilla y subrayado es nuestro)

Consideraciones finales:

I.- Para resguardar y proteger el respeto al derecho a la defensa de las partes de un proceso, las autoridades jurisdiccionales deben tomar todas las medidas que garanticen a los litigantes el pleno ejercicio de sus derechos.

2.- Las normas previstas para las notificaciones y citaciones deben ser cumplidas religiosamente, bajo sanción de nulidad. Además, deben realizarse todos los esfuerzos posibles para efectivizar que el demandado tome conocimiento del proceso y pueda ejercer su irrestricto derecho a la defensa.

3.- Debe efectivizarse el mandato de la publicación en el tablero judicial por 30 días, del edicto de Prensa. Este es otro elemento que puede contribuir para que el demandado tome conocimiento del proceso.

4.- Por el contenido del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, puede inferirse que el proceso que se ha comentado es una clara muestra de fraude y deslealtad procesal, que las autoridades ordinarias no supieron restablecer oportunamente, colocando en serio riesgo los principios fundamentales de justicia y seguridad jurídica.

Fiscal del Distrito de Santa Cruz revocó la Resolución de rechazo de denuncia e instruye investigación

TRAS LA RECUPERACIÓN DE UNA MILLONARIA DEUDA AL ESTADO.

Ximena Guzmán P.*

Ante la objeción planteada, el fiscal del Distrito de Santa Cruz Dr. Isabelino Gómez revocó mediante resolución N° 395/11 de 27 de junio de 2011, la resolución de rechazo de denuncia en el caso FIS ANTI 010129, dictada por la Fiscal de Materia KV.B.H., referido a un caso de Enriquecimiento Ilícito, Corrupción y Daño Económico al Estado.

La Fiscal había determinado en enero de 2011, que el denunciante no era parte del proceso y se negó a realizar diligencias de investigación ante documentos originales y otras pruebas presentadas que se constituyen en elementos suficientes de convicción sobre la creación de diez empresas utilizadas por sus propietarios a fin de obtener cuantiosos préstamos (impagos) del banco BIDESA con garantías inexistentes o revendidas entre miembros del mismo clan familiar:

El Fiscal del Distrito de Santa Cruz, invocó la Ley 004 o Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz, cuyo Art. 10, concerniente al Control Social, faculta a todo ciudadano que conozca o tenga noticia de la comisión de delitos de acción penal pública, a denunciarlo ante la autoridad competente. Dichas autoridades, sea Policía, Fiscalía o Corregidor, están en la obligación de constituirse en parte querellante, según el Art. 14 del mismo cuerpo legal *"La máxima autoridad ejecutiva de la entidad afectada o las autoridades llamadas por Ley, deberán constituirse obligatoriamente en parte querellante de los delitos de corrupción y vinculados, una vez conocidos éstos, debiendo promover las acciones legales correspondientes ante las instancias competentes. Su omisión importará incurrir en el delito de incumplimiento de deberes y otros que correspondan, de conformidad con la presente Ley"*.

Por otro lado, pese a que la citada fiscal tomó declaraciones a algunos de los miembros sindicados y, sin otros elementos de convicción, consideró como cierta la versión del principal acusado S.A.G.B., quien afirmó que *"debido a la crisis económica en Bolivia, perdió todo su capital y no pudo cumplir con sus obligaciones con el banco al cual entregó garantías (muebles y vehículos) que fueron transferidos a terceros u*

* Ximena Guzmán P.

Lic. en Comunicación Social (Universidad Católica Boliviana). Magister en Relaciones Internacionales (Universidad Nacional de Córdoba). Doctoranda en Ciencia Política (Universidad Nacional de Córdoba). Estudiante de Derecho.

obtenidos por otras personas a través de acciones judiciales... siendo que ya estaban dados en garantía a los bancos acreedores.

Tratándose de una disminución de esas garantías, el Fiscal Isabelino Gómez expone que amerita investigar la existencia o no de delitos y hace referencia además, a la Sentencia N°61/2005 emitida hace seis años por el Juez Grover Núñez en el Proceso Ejecutivo BIDES A c/ Cruz del Sur, radicado en el Juzgado 4° de Partido en lo Civil, Caso N° 396/2000, que ordena el cobro de Sus. 1.326.600 a favor del BIDES A en liquidación, por un préstamo realizado a la **Distribuidora Cruz del Sur SRL**, representada por el principal sindicado SA. G. B.

La Fiscal que rechazó la denuncia no instruyó investigación alguna, ni siquiera ante la declaración del mismo interventor del banco BIDES A José Merubia Villarroel, quien le confirmó que **"ya no existen garantías que le permitan recuperar ese dinero a favor del Estado"**.

La Fiscal rechazó la denuncia además, porque los préstamos habrían sido otorgados por entidades bancarias ajenas al Estado (Banco Interamericano de Desarrollo), por tanto, las deudas impagas no habrían ocasionado daño económico a los intereses de la sociedad ni del Estado boliviano. Para el fiscal Isabelino Gómez, su colega no reflexionó en que **"a raíz de la intervención y liquidación realizada a bancos, en este caso al BIDES A S.A., el Banco Central de Bolivia, como órgano rector del sistema de intermediación financiero nacional, emitió resoluciones autorizando la subrogación parcial de derechos a favor del Banco Central de Bolivia por pago de los depósitos constituidos en el BIDES A"**.

Finalmente el fiscal del Distrito de Santa Cruz discurre que, si bien es cierto que el conjunto de empresas beneficiarias están registradas en FUNDEMPRESA, no todas habrían cumplido con todos sus registros a entidades estatales como Impuestos Nacionales, institución estatal que mediante certificación de fecha 14/12/2010 CITE: SIN-GGSC-DGRE-COF-NOT0283/2010, detalla que en su sistema no existe ningún registro de Número de Identificación Tributaria (NIT), por lo que es menester establecer si han cumplido con todos los requisitos y pasos de registros con sus impuestos de ley para establecer luego la existencia o no de delitos tributarios.

Recordemos que en el número anterior de rBD y en este mismo espacio, nos referimos a este tema y comentamos la resolución de rechazo de la denuncia formulada por la fiscal asignada al caso en aquel entonces. Hoy, en aplicación de la ley 004 de 31-03-10, la investigación ha sido reabierto asignándose a la Dra. Marina Flores Villena y, en el marco del debido proceso, deberán establecerse responsabilidades por la negligencia de autoridades y funcionarios públicos en la recuperación del patrimonio estatal.

RESEÑAS
BIBLIOGRAFICAS



“IMAGEN, HONOR E INTIMIDAD”

“Su protección jurisdiccional frente a intromisiones ilegítimas”

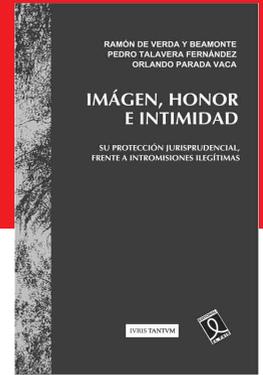
Prologo de: Francisco Perez Orihuel*

A veces la escritura de un prólogo constituye un compromiso, pero por fortuna hay otras, cuando el texto prologado es un estudio profundo y riguroso, en las que se convierte en una satisfacción. Tal ha sido mi caso al escribir estas páginas que prologan el libro “Imagen, Honor e Intimidad” del que son co-autores J. Ramón De Verda, Pedro Talavera y Orlando Parada, pues cumplo con ellas el honor de presentar un estudio profundo sobre uno de los temas más importantes en la problemática contemporánea de los derechos fundamentales: la manera en que se enfrentan esos derechos a la transformación de la sociedad y de las relaciones sociales como consecuencia de la revolución tecnológica.

A estas alturas está fuera de toda duda que los usos y costumbres sociales se han visto afectados por el desarrollo vertiginoso de las tecnologías de la información originándose situaciones de hecho y jurídicas que la norma no ha previsto, tampoco en relación a estos derechos. Ciertamente es posible encontrar atentados al derecho a la propia imagen, al honor y a la intimidad sin tales avances tecnológicos, pero es evidente que la sociedad de la información ha generado sofisticados mecanismos para escudriñar en la vida de los ciudadanos y que Internet es una ventana abierta al mundo de par en par. Un escenario en el que, además, está cambiando la propia percepción de estos derechos: el diario personal que estaba protegido con un candado es sustituido por reflexiones, convicciones y opiniones que se “cuelgan” para ser vistos por los demás, el miembro de una red social puede elegir entre distintos grados

* **Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.**

Magistrado del Tribunal Constitucional del Reino de España



AUTORES: :

*José Ramón de Verda y Beamonte
Pedro Talavera Fernández
Orlando Parada Vaca*

Editorial:
EL PAIS

364 páginas

de privacidad, se comercializa con la intimidad, se venden “exclusivas”, se exhibe ante una audiencia invisible lo que hasta hace poco se consideraba indecoroso o al menos reservado, etc. Una cultura en la que se aprecia una creciente confusión entre lo público y lo privado, lo individual y lo colectivo, que hace que el jurista deba estar particularmente atento, para anticipar y canalizar, a través de la norma, los procesos de cambio y adaptar estos derechos a las inevitables nuevas condiciones.

Pero además, el tema objeto del estudio no puede ser más oportuno, porque consciente de la importancia que reviste el establecimiento de mecanismos eficaces para la protección de estos derechos de la personalidad, el constituyente boliviano los ha llevado a la categoría de derechos fundamentales al incluirlos en el artículo 21 de la **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia** del 2009. Precisamente por ello el autor se traza como objetivos de su investigación, por un lado, la caracterización jurídica de los derechos a la propia imagen, al honor y a la intimidad, desde su doble condición de derechos fundamentales y derechos de la personalidad; y por otro, teniendo en cuenta la categorización que de esos derechos se hace en la Constitución, el análisis de cómo se plasman en la legislación ordinaria, cómo se protegen y la congruencia de estos extremos con su auténtica naturaleza. Una perspectiva de análisis que dota de gran originalidad a la obra que prologo, pues, perfiladas las notas que caracterizan a estos derechos, los autores proyectan su investigación sobre el Capítulo III del Título I del Libro I del Código Civil de Bolivia de 1975, que regula los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen; una regulación que podía considerarse avanzada en el momento en el que se promulgó, pero que, como se desprende del estudio, adolece hoy de graves lagunas, particularmente habida cuenta de su consagración como derechos fundamentales en el texto constitucional boliviano.

Dentro de este esquema, los autores exponen la regulación civil de estos derechos y los problemas y cuestiones que se suscitan, empezando por la necesidad de modificar el Código Civil para ajustarlo a la exigencia de reconocimiento constitucional del derecho a la propia imagen como un derecho de la personalidad autónomo, diferente del derecho al honor y la intimidad. Los autores definen con precisión el contenido que debería tener ese derecho, prestando especial atención a las condiciones bajo las cuales se puede prestar y revocar el consentimiento para las intromisiones de terceros, ofrece los criterios de solución para el potencial conflicto entre el derecho a la imagen y las libertades de información y expresión y analiza las acciones frente a intromisiones ilegítimas. Otra aportación esencial de la obra, teniendo en cuenta la parquedad de la regulación boliviana, es su exposición sobre los problemas y cuestiones que se suscitan en torno al derecho al honor y, en concreto, si el prestigio profesional forma parte de este derecho, si corresponde sólo a las personas físicas o también se extiende a las personas jurídicas, la solución que cabe dar al conflicto entre este derecho y las libertades de información y

expresión, los mecanismos de tutela de que dispone el ofendido, el derecho de rectificación, la protección “post mortem” de la memoria de las personas fallecidas o aspectos de absoluta actualidad, como la responsabilidad de los prestadores de servicios en la sociedad de la información. En cuanto al derecho a la intimidad, Parada Vaca se detiene a analizar el concepto y el contenido del derecho, y aborda cuestiones clásicas como el consentimiento como causa de exclusión del carácter antijurídico de la intromisión y otros aspectos más recientes, como los sistemas de video-vigilancia en lugares públicos o en centros de trabajo, o el uso de cámaras ocultas en el periodismo de investigación. Finalmente, otra de las importantes y novedosas cuestiones tratadas es el derecho a la protección de datos de carácter personal, que aparece reconocido por primera vez en la **Constitución de Bolivia** del 2009. En conclusión, como el lector tendrá ocasión de comprobar, esta monografía da cumplida respuesta a todas las cuestiones dogmáticas y prácticas que suscita el estudio de estos derechos. No hay aspecto que no se haya analizado y no hay problema que no se haya intentado resolver juiciosamente.

Para el análisis de todas estas cuestiones, el autor parte siempre de la experiencia habida en el Derecho comparado; muy especialmente, del ordenamiento español sobre todo de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen- debido a su condición de fuente de la que ha bebido históricamente el **Derecho civil** boliviano. Y, a este respecto, merece una mención especial el examen pormenorizado y la utilización lúcida que los autores hacen de la doctrina constitucional española, presente a lo largo de toda la obra, de lo cual no puedo sino alegrarme, pues significa que nuestro trabajo trasciende allende de nuestras fronteras y resulta de utilidad para aquellos que, como en el caso de estos autores, tratan de reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances tecnológicos.

El presente libro, escrito de un modo sobrio y elegante, es también concluyente. Su autor no se detiene en un mero ejercicio de crítica sino que concluye y aporta, como acreditan las páginas que cierran la obra. No se limitan los autores a hacer meras valoraciones generales sobre los logros e insuficiencias del Código Civil boliviano, sino que, aun siendo consciente del riesgo que conlleva en un trabajo académico de estas características, ofrece una acabada propuesta de **lege ferenda**. En concreto, propone una redacción alternativa de los artículos 16, 17 y 18 del Código Civil, que colma las lagunas presentes en la regulación de estos derechos y aporta las garantías reforzadas que exige su consagración como derechos fundamentales.

Estamos, en definitiva, ante un estudio original y concienzudo, que contribuye al tratamiento científico y aplicativo del tema y que, me complace decirlo, resultará de la máxima utilidad para el lector, para quien a fin de cuentas estudiamos, escribimos

y publicamos. La profundidad y amplitud del trabajo realizado harán imposible que alguien con honestidad intelectual aborde en el futuro esta problemática sin referirse al libro que presento.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Invitación

La invitación para publicar en cualquiera de las secciones de la Revista Boliviana de Derecho está abierta a autores nacionales y extranjeros, siendo el requisito imprescindible, que el contenido de los artículos esté relacionado con las ramas del Derecho y sea de interés para la doctrina jurídica boliviana o iberoamericana.

II. Envío de artículos, fechas de recepción y aceptación

1. Los trabajos deberán enviarse mediante archivo electrónico en CD, al Director de Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho (Calle Tumasla N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó a los correos electrónicos:
revistabolivianadederecho@hotmail.com, orlandoparada.vaca@gmail.com
2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 28 de febrero y 30 de agosto, respectivamente.
3. La fecha de aprobación de trabajos para su publicación en los números de julio y diciembre no excederá el 31 de marzo y 30 de septiembre, respectivamente.
4. La aceptación de un trabajo para su publicación, supone que los derechos de copyright (Derechos de Autor), en cualquier medio y por cualquier soporte, quedan transferidos a la Fundación Iuris Tantum, editora de la revista.

III. Sistema de arbitraje

Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial decidirá en un lapso no mayor a los cinco días, si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos.

Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto. El evaluador tendrá un período de dos semanas para comunicar su dictamen al Comité Editorial. El nombre del evaluador será reservado.

Los posibles dictámenes son:

1. Se aprueba la publicación del artículo.
2. Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
3. Se rechaza la publicación del artículo.

Si el dictamen del revisor observa algunas correcciones, el autor tendrá un plazo de quince días para realizarlas.

El que un artículo sometido a evaluación sea aprobado, no implica su inmediata publicación. La decisión final para la publicación de un artículo corresponde al Consejo Editorial de la Revista.

Una vez que se decida respecto del dictamen de publicación o rechazo del artículo, el autor recibirá notificación directa y por escrito informándole de la decisión final.

IV. Normas editoriales

A) Respecto al autor

- Deberá incluirse una corta biografía del autor, de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Adjuntar el currículum académico detallado, no olvidando la inclusión del correo postal, correo electrónico, dirección, teléfono y fax.
- Será responsabilidad del autor adjuntar todos los datos en su reseña personal.

B) Respecto al artículo

- Todo artículo propuesto para ser publicado en *Iuris Tantum* – Revista Boliviana de Derecho debe ser original e inédito.
- Los artículos deben escribirse en idioma español.
- Debe especificar el conflicto de interés o, cuál la importancia de escribir sobre el tema elegido.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.

- Cada artículo debe tener una traducción al inglés del resumen.
- Las palabras claves de los artículos deben ser extraídas utilizando un Tesauro Normalizado. Éstas deben incluirse en español e inglés.

V. Formato de Texto

- El artículo debe contener un máximo de 30 páginas:
- Papel blanco, tamaño carta o A4
- Utilizar una sola cara del papel
- Tipo de letra: Times New Roman
- Tamaño de letra: 12 puntos
- Tinta negra
- Interlineado doble espacio
- Alineación todo a la izquierda, excepto citas mayores a las 40 palabras.
- Sangría al inicio de cada párrafo, se deben dejar cinco espacios.
- Tres niveles de títulos:
 1. Uno principal escrito en negrillas, mayúsculas, y centrado (14 pts)
 2. Uno secundario escrito en negrillas Tipo oración (12 pts)
 3. Uno terciario en negrillas Tipo oración
- Incisos: A) o Números: 1°

VI. Notas a pie de página

- Se utilizarán excepcionalmente y sólo para contener texto adicional y nunca referencias bibliográficas, aunque podrán hacer referencia a la bibliografía.
- Deben ir numeradas correlativamente con números arábigos.

VII. Citas

Serán utilizadas para textos que apoyan una afirmación o aclaran una hipótesis de trabajo. Si son breves deben incluirse en el texto, cuidando de ponerlas entrecomilladas o con una letra de tipo diferente para distinguir el texto citado, del resto del texto. Cuando la longitud del texto citado exceda de dos líneas, deberá llevarse a una nota a pie de página.

VIII. Referencias bibliográficas

Todas las citas se ajustarán a las normas de publicación de trabajos de la American Psychological Association (APA) en su "Publication Manual" (Washington, 1994).

Las referencias bibliográficas se escriben al final del artículo, todo en minúsculas salvo la primera letra, en una hoja aparte y en estricto orden alfabético.

El manual APA distingue y clasifica las referencias de acuerdo al tipo de material:

- **Libros.-** Autor (apellido -sólo la primera letra en mayúscula-, coma, inicial de nombre y punto; en caso de varios autores, se separan con coma y antes del último con una "y"), año (entre paréntesis) y punto, título completo (en letra cursiva) y punto; ciudad y dos puntos, editorial. Ejemplos:
Apellido, I., Apellido, I. y Apellido, I. (1995). Título del Libro. Ciudad: Editorial.
Tyner, P. (1989). Classification of Neurosis. London: Wiley.
- **Capítulos de libros colectivos o actas.-** Autores y año (en la forma indicada anteriormente); título del capítulo, punto; "En"; nombre de los autores del libro (inicial, punto, apellido); "(Eds.);", o "(Dirs.);", o "(Comps.);"; título del libro en cursiva; páginas que ocupa el capítulo, entre paréntesis, punto; ciudad, dos puntos, editorial. Ejemplos: Autores (año). Título del Capítulo. En I. Apellido, I. Apellido y I. Apellido (Eds.), Título del Libro (págs. 125-157). Ciudad: Editorial.
Singer, M. (1994). Discourse inference processes. En M. Gernsbacher (Ed.), Handbook of Psycholinguistics (pp. 459-516). New York: Academic Press.
- **Artículos de revista.-** Autores y año (como en todos los casos); título del artículo, punto; nombre de la revista completo y en cursiva, coma; volumen en cursiva; número entre paréntesis y pegado al volumen (no hay blanco entre volumen y número); coma, página inicial, guión, página final, punto. Ejemplos:
Autores (año). Título del Artículo. Nombre de la Revista, 8(3), 215-232.
Gutiérrez Calvo, M. y Eysenck, M. W. (1995). Sesgo interpretativo en la ansiedad de evaluación. Ansiedad y Estrés, 1(1), 5-20.
- **Material consultado en Internet.-** Debe respetar el siguiente orden:
Autores.- Los documentos de la World Wide Web que indican que son "mantenidos", generalmente se refieren al autor con el apelativo de Maintainer (Maint), aunque también puede usarse más genéricamente Editor (De).
Fecha de visita al documento (año, mes, día).
Título que puede ser tomado de la barra superior del navegador:
Tipos de documento.- Indicar si son html, consultas en bases de datos, imágenes en formato .gif, .jpg u otro, archivos de sonido o de video, archivos FTP, etc.
Información acerca de la publicación, la que comienza con <http://www...>

IX. Otras secciones de la Revista.

- **Comentarios normativos.-** Extensión no superior a 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo que debe ser transcrito por el autor del comentario.

- **Comentarios jurisprudenciales.**- Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo que debe ser transcrito por el autor del comentario.
- **Reseñas bibliográficas.**- Extensión máxima 3 páginas y el texto debe ir acompañado de la portada del libro en digital, ISBN y la editorial que lo publica.
- **La espada de Damocles.**- Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo la fotocopia o el escáner de la resolución judicial o administrativa criticada. La Revista Boliviana de Derecho, otorgará el derecho a réplica.

