

"TIEMPOS DE CAMBIO Y TRANSFORMACIÓN"

Estamos cumpliendo tres años y medio de vigencia. No es frecuente en nuestro país que una revista especializada en el campo jurídico logre la continuidad lograda. Hoy, sometemos a consideración de nuestros lectores, el N° 7 de este proyecto que se convierte, cada día, en la realización de una utopía que fuera compartida por quienes asumimos este desafío: Fernando Rodríguez M., Ricardo Serrano H. y Carlos Joaquín Barbery S. Posteriormente se sumó al grupo Alex G. Parada M.

De las aulas del post grado de la U.A.G.R.M nació el compromiso de difundir las enseñanzas recibidas y, de los docentes valencianos de la talla de Silvia Barona, Jesús Olavarría y Carlos Espluges surgió la idea de crear un espacio adecuado para el debate y la confrontación, elementos aunque no suficientes sí necesarios para el desarrollo de la cultura jurídica y requisito para la formación de una doctrina científica nacional.

Ahora que iniciamos una nueva época les presentamos una revista renovada en cuanto a formato, colores y diagramación, todo ello para facilitar la lectura de su contenido. Cambiamos pero, en esencia, seguimos siendo los mismos. Nos renovamos en cuanto a integrar en nuestro Consejo Editorial a reconocidas personalidades y estudiosos del Derecho en sus diversas manifestaciones. Damos la bienvenida a Pedro Talavera, Rosa Moliner, José Ramón de Verda y Virginia Pardo, destacados docentes de amplia trayectoria en la Universidad de Valencia y reconocido prestigio en toda España. En el ámbito nacional, honrados recibimos con beneplácito a Horacio Andaluz, Dorita Montenegro, Antonio Andaluz, Claudia Parada y Luis Alberto Arias, acuciosos investigadores y juristas de nuestro medio.

EL DIRECTOR

07

rBD

REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO

07

REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO

IVRIS TANTVM

IVRIS TANTVM
REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO
AÑO IV - N°7
ENERO/2009
EDICIÓN SEMESTRAL
Precio en Bolivia: **Bs. 120**

ISSN-2070-8157
SANTA CRUZ - BOLIVIA
Rev. boliv. derecho, n° 7, enero 2009,
ISSN: 2070-8157, pp. 1-274

IVRIS TANTVM

SUMARIO

01/ EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA. UNA PERSPECTIVA EN BOLIVIA
José Antonio Rivera Santiváñez **(Bolivia)**

02/ FUNDAMENTOS PARA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA POLÍTICA
Pedro Talavera **(España)**

03/ LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS EN BOLIVIA
Rafael Vergara Sandóval **(Bolivia)**

04/ LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN LA REAL AUDIENCIA DE LA PLATA DE LOS CHARCAS
José Luis Baptista Morales **(Bolivia)**

05/ LA NUEVA ESTRUCTURA DEL DERECHO A PARTIR DE LOS ESTATUTOS AUTONÓMICOS
Oscar Eduardo Urquiza Córdova **(Bolivia)**

06/ ASPECTOS HISTÓRICOS DEL MINISTERIO PÚBLICO
William Herrera Añez **(Bolivia)**

07/ EL RECONOCIMIENTO DE LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES INDÍGENAS: UN RETO A LOS SISTEMAS OFICIALES
Fco. Javier Jiménez Fortea **(España)**

08/ EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO EJE DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL
Rosa Moliner Navarro **(España)**

09/ LA MARCA RENOMBRADA, ¿UN OBSTÁCULO A LA LIBRE COMPETENCIA?
Salvador Francisco Ruiz Medrano **(México)**

10/ INTRODUCCIÓN A LA PROBÁTICA ARBITRAL
Carlos Alberto Matheus López **(Perú)**

COMENTARIOS NORMATIVOS
Reposición en Ejecución de Sentencia
La Acción contra Normas generales ilegales
Revisión de Oficio del Proceso (art. 15 LOJ)

07

rBD
IVRIS TANTVM
REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO
AÑO IV - N°7
ENERO/2009
EDICIÓN SEMESTRAL

ISSN-2070-8157
SANTA CRUZ - BOLIVIA



IVRIS TANTVM

I. INTRODUCCIÓN

En el sistema constitucional boliviano, el proceso de positivación y judicialización de los derechos humanos fue encarado de manera gradual por el Estado; así, en su primera Constitución no se consagraron expresamente los derechos fundamentales de la persona, simplemente estableció un régimen de garantías constitucionales de carácter normativo para el ejercicio de los derechos civiles y políticos, mismos que no fueron consagrados porque se presumió son inherentes a la naturaleza humana.

Fue en la reforma constitucional de 1861 que se introdujo en la Constitución un capítulo referido a los derechos fundamentales, constituyendo un catálogo de los mismos en el que se consagraron algunos derechos civiles y políticos. Con posterioridad, en la reforma constitucional de 1938 se introdujeron los principios del constitucionalismo social, y en la reforma constitucional de 1967 se incluyó en la Constitución un catálogo con algunos derechos civiles y políticos, además de algunos derechos sociales.

Ahora bien, en el catálogo previsto por la Constitución está consagrado el derecho a la libertad de expresión, no así el derecho de información; tampoco se encuentra expresamente consagrado el derecho a la intimidad o la vida privada. Empero, el Tribunal Constitucional, asumiendo una posición de activismo judicial respecto a la protección de los derechos humanos, ha definido que los tratados, convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, por lo que los derechos humanos consagrados en dichos instrumentos forman parte del catálogo de derechos fundamentales previsto por la Constitución; de manera que en ese contexto pueden ser invocados por las personas y tutelados por las autoridades.

Debido a los antecedentes referidos, en Bolivia el desarrollo legislativo, doctrinal y jurisprudencial sobre el derecho a la intimidad o la vida privada y el derecho de información se encuentra aun en una etapa inicial; de manera que en el presente trabajo se abordará el análisis de los referidos derechos y sus posibles conflictos o antinomias partiendo de esa realidad, realizando una descripción resumida de la doctrina, las normas positivas y la jurisprudencia constitucional relacionadas con los derechos objetos de análisis.

¹ Entre las muchas sentencias que abordaron el tema se puede citar la SC 1662/2003-R, de 17 de octubre: *Defensor del Pueblo con Ministerio de Defensa con Estado*.

2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD O LA VIDA PRIVADA

Formular un concepto sobre la intimidad o la vida privada con precisión no es muy fácil; resulta complicado si se toma en cuenta que este derecho tiene diversas connotaciones de la sociedad de que se trate, sus circunstancias particulares y la época o el periodo correspondiente; por lo que no es posible plantear un concepto uniforme o universal .

Con la advertencia antes referida, se puede señalar que el derecho a la intimidad o la vida privada consiste en la potestad o facultad que tiene toda persona para mantener en reserva determinadas facetas de su vida y personalidad, como las referidas al ámbito en el que se desenvuelve, a su ámbito afectivo, de sus convicciones y creencias, su ámbito familiar y relacional, así como al de la manifestación de su voluntad. Se trata de un derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras perturbaciones a la vida privada, que sin embargo está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos.

No cabe duda que se trata de un derecho innato y fundamental de la persona, sin el cual el hombre quedaría reducido al nivel de cosa, o de simple objeto. Es un derecho que nace y se fundamenta en la autodeterminación de la persona.

En la doctrina constitucional boliviana, se ha entendido que se trata de un derecho que constituye obligaciones negativas para el Estado y los particulares, lo que significa la prohibición de ingerencia o intromisión de extraños en la vida íntima o vida privada de la persona titular del derecho; de lo se puede inferir que surge el derecho a la protección de la vida privada, constituyendo una obligación positiva para el Estado, consistente en la adopción de medidas legislativas, administrativas y jurisdiccionales para establecer vías y mecanismos de protección de la vida íntima o privada de la persona. Pero también se ha entendido que abarca la dimensión positiva con relación a su titular; lo que implica el derecho de la persona a acceder a un banco de datos público o privado a objeto de conocer cuánta información sobre su vida íntima o privada se ha recogido, almacenado o distribuido, con qué finalidad y a quienes se ha distribuido; es a partir de ello que, en la reforma constitucional de 2004², se ha creado la garantía jurisdiccional de hábeas data.

² Conforme al procedimiento de reforma constitucional previsto por los arts. 230 al 232 de la Constitución vigente, mediante Ley 2631 de 20 de febrero de 2004, se reformó la Constitución.

Al caracterizar el derecho objeto de análisis, Pablo Lucas Murillo de la Cueva³ sostiene que “el derecho a la privacidad se caracteriza por el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada, sobre todo de los medios de comunicación, haciendo prevalecer las ideas de aislamiento y autonomía, especialmente en aspectos como la vida doméstica y las relaciones sexuales”.

Con relación a este derecho, la jurisprudencia constitucional, establecida en la SC 1420/2004-R, 6 de septiembre⁴, ha caracterizado el derecho a la intimidad o la vida privada en los siguientes términos:

“El derecho a la intimidad o la privacidad es la potestad o facultad que tiene toda persona para mantener en reserva determinadas facetas de su personalidad. Es un derecho que se inscribe en el marco del valor supremo de la libertad en su dimensión referida al ‘status’ de la persona que implica la libertad - autonomía, lo que importa que esté íntimamente relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad; la consagración de este derecho se encamina a proteger la vida privada del individuo y la de su familia, de todas aquellas perturbaciones ajenas que, de manera indebida, buscan penetrar o develar los sucesos personales o familiares.

“El derecho a la intimidad o la privacidad, al ser inherente a otros derechos fundamentales como son el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la dignidad humana, goza de mecanismos de protección constitucional y legal; se entiende que la persona debe ser protegida de las molestias o angustias que le puedan ocasionar el que otros no respeten su intimidad, o busquen inmiscuirse en ella. Por ello, la doctrina señala que el núcleo esencial del derecho a la intimidad define un espacio intangible, inmune a intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no desea escuchar o ver; así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto”.

En el sistema constitucional boliviano, el derecho a la intimidad o la vida privada no está expresamente consagrado en el catálogo de los derechos fundamentales previsto por la Constitución; sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia establecida entre otras en las sentencias SC 0095/01, de 21 de diciembre⁵, y SC 1662/2003-R, de 17 de noviembre⁶, ha determinado que, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art.

³ Lucas Murillo de la Cueva (1990) pp.57 – 58.

⁴ Tribunal Constitucional. *López Zeballos con Claros Saldías* (2004).

⁵ Tribunal Constitucional. *Mabel Cruz Romano y otros con Alcaldía Municipal de La Paz*. (2001).

⁶ Tribunal Constitucional. *Defensor del Pueblo con Ministerio de Defensa con Estado*. (2003).

FUNDAMENTOS PARA UNA NUEVA
CONCEPCIÓN DE LA POLÍTICA



José Antonio
RIVERA
SANTIVÁÑEZ

RESUMEN: El presente artículo analiza el fracaso rotundo que han supuesto para la humanidad los dos grandes modelos de relación individuo-sociedad: el individualismo y el colectivismo; identificando un falso presupuesto en ambos: la incomunicabilidad del ser humano. A partir de aquí, se apuntan una serie de elementos que, fundamentados sobre el presupuesto de la "esencial comunicabilidad e interdependencia del hombre", podrían constituir el fundamento para una nueva concepción de la política, que supere su actual condición de mera instrumentación del poder y sumisión a los grandes intereses económicos, para convertirse en un verdadero proyecto humano común, dirigido a la consecución de esos bienes más altos (no sólo económicos) que sólo en común pueden concebirse y alcanzarse.

ABSTRACT: The present article analyzes the complete failure that both big models of relation individual-society have supposed for the humanity: the individualism and the collectivism; identifying a common element in both: the incomunicability of the human being. This work show a series of elements that, based on the idea of the "essential communicability and interdependence of the human being", might constitute the foundation for a new conception of the politics, which overcomes its current condition of mere instrumentation of the power and submission to the big economic interests, to turn into a real human common project directed the attainment of these highest goods (not only economic) that only jointly can be conceived and be reached.

PALABRAS CLAVE: Comunitarismo, Personalismo, Filosofía política, teoría del Derecho, Sociedad y Estad.

I. PRESUPUESTOS PARA EL ANÁLISIS

El hombre es un ser que nace y vive en sociedad, y ello (a pesar del influjo de las teorías contractualistas) no de una forma accidental sino constitutiva: su aparecer en el mundo presupone una pluralidad humana que le antecede y de la que recibe no sólo la vida, sino además, los medios de subsistencia, el lenguaje y la cultura; y su continuar viviendo, su crecer y desarrollarse, son posibles gracias al entrecruzarse de su existencia y acción con la de los otros seres humanos con los que comparte el espacio vital. Sin embargo, esa sociedad en la que nace y de la que depende se le presenta, a la vez, en muchos momentos, como extraña y, en otros, como alienante y opresora, como fuerza enemiga, como fuente de frustración y de muerte.

Esa experiencia ha provocado, en más de una ocasión, una tendencia del individuo a huir de la sociedad, a refugiarse en la propia mismidad, si no apartándose por completo del trato con sus semejantes, cosa imposible, sí reduciendo al mínimo toda participación en la vida colectiva. Es la actitud que en la antigüedad defendió Epicuro como ideal de vida: "vivir oculto y mantenerse alejado de la vida política o colectiva"; o en la interpretación recogida por Séneca: "no participar en la vida ciudadana a menos que los acontecimientos te obliguen a hacerlo"¹. Esta misma idea, aunque desde coordenadas muy distintas, preside el pensamiento llamado posmoderno, en el que la crítica de los grandes relatos y de las grandes visiones de la historia y, más radicalmente, de todo intento de realizar un juicio sobre el acontecer, desemboca en una aceptación de lo dado, en una vivencia puntual y despreocupada del momento presente, aprovechando las posibilidades que cada situación ofrezca, sin añoranzas, anhelos ni ilusiones².

Parece, en efecto, que desde muchos ámbitos se presenta como un ideal en la sociedad actual, compleja y deshumanizada, una situación económica privilegiada que permita crear un entorno propio, segregado, amurallado y vigilado, o la más modesta condición de la fortaleza virtual, creada en una sencilla habitación con el recurso a la informática. El resultado está siendo el de un extremo debilitamiento –quizás la desaparición– de la política, entendida como proyecto humano común, dirigido a la consecución de objetivos (bienes) que sólo en común pueden alcanzarse porque trascienden al individuo, y su sustitución –en clave de poder– por la gestión y coordinación de los intereses privados, fundamentalmente interpretados en clave económica y de bienestar material³.

¹ SÉNECA, *De otio*, n.2.

² Entre la amplia bibliografía sobre el pensamiento posmoderno, cabe remitir como una valiosa introducción crítica a J. BALLESTEROS, *Posmodernidad, decadencia o resistencia*, Madrid 1989.

³ Una interesante descripción de este panorama en España viene descrito por V. CAMPS, *El malestar de la vida pública*, Grijalbo, Barcelona 1996; en particular, el capítulo primero, titulado "la debilidad de la política".

• **Pedro Talavera**

Prof. Titular de filosofía del Derecho
Universitat de València

Parece que en esta nueva etapa de decadencia de la posmodernidad, vuelve a revelarnos que seguimos sin resolver uno de nuestros grandes problemas de fondo: encontrar un modelo capaz de integrar satisfactoriamente la dialéctica individuo sociedad. Pero si la historia y la actualidad documentan la existencia de actitudes entre resignadas y nihilistas, también pueden encontrarse algunas actitudes críticas y reactivas de quienes, al experimentar las tensiones y rupturas entre el individuo y la sociedad, se enfrentan con ellas y aspiran a promover una reconciliación entre ambos buscando una plena realización y acabamiento de su mutua referencia.

Pienso, pues, que merece la pena señalar algunos elementos valiosos de las propuestas que pueden contribuir a ir perfilando ese modelo todavía no conseguido, y me parece que uno de ellos reviste particular importancia: afirmar la esencial orientación humana hacia la comunicabilidad, no tanto en el sentido habermasiano de presupuesto de construcción de la comunidad política, cuanto en un sentido de principio constitutivo de la especie *homo sapiens*, esto es, afirmar la "interdependencia" como dimensión constitutiva del ser humano. Resulta muy significativo que tanto el individualismo como el colectivismo hayan fracasado en su modelo de relación individuo sociedad y ambos partieran de una concepción del hombre como ser radicalmente incomunicable. Quizá sobre este elemento, la comunicabilidad, la esencial apertura a la "otredad"⁴, se pueda ir construyendo un modelo de sociedad que supere las carencias evidentes de los anteriores. Intentaremos analizarlo a continuación.

2. LA TENSIÓN ENTRE EL INDIVIDUALISMO Y EL COLECTIVISMO

No es necesario incidir en el cambio, o mejor dicho, la ruptura que Thomas Hobbes introdujo en la historia de la filosofía política. Para la tradición clásica, que parte del pensamiento greco-romano y luego se extiende a la reflexión patristica y escolástica, la sociedad es fruto y expresión de la natural sociabilidad humana, de la tendencia, connatural al hombre, de unirse a sus semejantes para encontrar en esa unión su plenitud y su complemento. La idea de un bien social, perseguido y alcanzado en común, jugaba en la tradición política clásica, una función arquitectónica decisiva.

En el sistema de Hobbes las cosas funcionan de una manera diametralmente opuesta. La sociedad no surge del impulso a la comunicación sino del egoísmo. El hombre, en el pensamiento hobbesiano, es un ser movido exclusivamente por el propio interés, por el instinto de conservación y por las ansias de seguridad y de fuerza que de ese instinto se derivan. El estatuto natural de la humanidad sería, por tanto, el enfrentamiento y la guerra. Si surge la sociedad civil, y con ella la limitación de la

⁴ Cfr. J. BALLESTEROS, *Posmodernidad, decadencia o resistencia*, op. cit., p. 147.

violencia, es sólo como consecuencia de un planteamiento utilitarista e interesado: ante el riesgo de universal destrucción que implica el estado de guerra, a todo individuo le interesa renunciar al ejercicio de la fuerza, delegándola en un poder central que, cohibiendo la violencia, haga posible la supervivencia de todos. Para Hobbes, en definitiva, sólo existen individuos, entendiendo por tales, seres singulares que aspiran a alcanzar los propios intereses y satisfacer las propias pasiones pero que, al advertir la presencia de fuerzas hostiles, buscan una protección que les garantice la satisfacción de sus ambiciones⁵.

Es cierto que muchos de los sucesores de Hobbes limaron a conciencia los extremos más radicales de su construcción, sea resaltando la benevolencia y la generosidad como virtudes privadas frente al presupuesto del sustancial egoísmo individual planteado en sus tesis, sea aludiendo a una genérica tendencia espontánea a la armonización y compatibilización de los intereses que, como afirma Taylor, adquiere un importante reflejo en la famosa "mano invisible" de Adam Smith⁶.

En todo caso, durante un largo periodo, el pensamiento político europeo se ha estructurado (y todavía hoy continúa haciéndolo en muchos ámbitos) de acuerdo con la imagen o interpretación del individuo humano que Hobbes alumbró, o al menos, considerando que el interés personal y, en última instancia, el egoísmo, son un motor social más poderoso que la benevolencia o el amor; e incluso el único motor de la vida social. El hombre suele ser presentado como un ser básicamente egoísta, por lo que la ética tiende a ser considerada como una realidad opcional, fruto de sentimientos y de preferencias personales, importante y significativa respecto de la vida privada, pero irrelevante en lo tocante al desarrollo político y económico. Incluso se escuchan afirmaciones de que la ética en estos campos podría ser contraproducente⁷.

Nos encontramos, pues, ante una concepción del hombre como ser esencialmente incomunicable y de la libertad, en el más puro sentido estoico, como independencia (no necesitar de nadie). La consecuencia es bien clara: la política, como acción común en que los ciudadanos participan, queda así desnaturalizada e incluso excluida. En este planteamiento individualista no existe en realidad la política, sino pura y simplemente ejercicio o limitación del poder:

Un planteamiento de esta naturaleza no es de extrañar que, desde su misma formulación, suscitara profundos desacuerdos. Ya Rousseau se ocupó de señalar el apriorismo y la carencia de sentido histórico de todo planteamiento que considere a la sociedad como fruto de un puro juego de egoísmos e intereses, olvidando que es

⁵ T. HOBBS, *Leviathan*, México, FCE, 1940, en particular, prólogo y 1ª parte.

⁶ Cfr. CH. TAYLOR, *Sources of the self. The making of the modern identity*, Cambridge (USA) 1989, caps. 15 y 16.

⁷ A este respecto resulta sumamente interesante el análisis realizado por A. CORTINA, *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*, Madrid, Taurus, 1998; en particular, caps. IV y V.

en la sociedad y sólo en ella donde el ser humano accede al nivel de la moralidad y, por ello, donde nacen el egoísmo o la generosidad. No obstante, el planteamiento más representativo de una concepción opuesta a la hobbesiana, se encuentra en Hegel, cuyo punto de partida no es el individuo sino el Estado, y más radicalmente el Espíritu, que desenvolviéndose a través de la historia de las civilizaciones, llega a un grado de particular densidad o plenitud cuando da vida a la sociedad civil organizada según la razón, esto es, al Estado. En el Estado, la subjetividad individual, estrecha y limitada, es superada ya que con él se accede a la universalidad. El Estado se convierte así en fuente y norma de eticidad de una manera plena, ya que el hombre es verdaderamente hombre sólo en el Estado y por el Estado. Al margen del Estado, el individuo humano es pura subjetividad, puro fenómeno carente de valor y de sentido; en el Estado adquiere consistencia, libertad verdadera y no mero capricho alienante y alienado. Realizarse como hombre, como ser libre, supone incorporarse al Estado e identificarse con él⁸.

En su polémica anti-individualista, Hegel orienta su pensamiento social hacia el extremo opuesto: un colectivismo que pone en entredicho la propia sustantividad del ser humano. No cabe duda de que el pensamiento hegeliano supone un alegato contra las actitudes particularistas y a favor de que la voluntad se eleve al nivel de la razón y, en consecuencia, hacia la comunicabilidad y la universalidad. Algunos lo han querido interpretar, incluso, como un intento de recuperación de la política frente al planteamiento economicista smithiano; es decir, una denuncia de la superficialidad filosófica y antropológica que implica confiar la solución de los problemas sociales a un pretendido automatismo, sea del tipo que sea, y a un intento de situar la economía en el interior de la política como su componente sustancial. No obstante, es evidente que el conjunto de su sistema está marcado por una profunda orientación colectivista, tal y como la izquierda hegeliana, y Karl Marx en particular, pusieron pronto de relieve⁹.

Nos encontramos, pues, ante una concepción del hombre definida fundamentalmente por la dependencia y la necesidad: una dependencia ontológica esencial respecto de la humanidad y del Estado que disuelven su individualidad y singularidad, y una necesidad dialéctica e histórica que disuelve su libertad. En definitiva, tampoco desde aquí cabe hablar de comunicabilidad, sólo cabe el sometimiento al inevitable proceso histórico de manifestación del absoluto; al igual que carece de sentido plantear la política como tarea de hombres libres que se unen libremente para llevar a cabo un proyecto común.

No parece exagerado concluir que la filosofía política de este último siglo ha quedado expuesta a una tensión entre individualismo y colectivismo, pero sus presump-

⁸ G.F.W. HEGEL, *Filosofía del Derecho*, México, UNAM, 1975; en particular, §257 y ss.

⁹ Vid. F. GONZÁLEZVICÉN, *De Kant a Marx. Estudios de historia de la ideas*, Valencia, ed. Fernando Torres, 1984

tos en la concepción del ser humano han conducido a un callejón sin salida cuando esa necesaria integración entre el individuo y la sociedad se ha intentado articular en un proyecto real. Muchas causas y análisis podrían invocarse para este fracaso, sin embargo pienso que en ambas visiones subyace el olvido de la comunicabilidad como elemento definitorio esencial del ser humano.

En efecto, el individualismo, al colocar el acento en la satisfacción del propio egoísmo, plantea la realidad del hombre como sujeto esencialmente incomunicable, incapaz de apertura a lo que algunos definen como otredad. El colectivismo, aun afirmando la sociedad, destruye el contenido propio de esa comunicación (donación libre del yo) puesto que al negar al hombre su sustantividad como sujeto, destruye el sentido mismo de otredad. En consecuencia, ambas concepciones revelan una incapacidad absoluta para diseñar un espacio social de relaciones interpersonales con una profundidad ontológicamente mayor que la mera coexistencia interesada de subjetividades o la exigencia de disolución de éstas en el todo.

3. PROPUESTAS DE SUPERACIÓN DEL DUALISMO

Superar la oposición entre individualismo y colectivismo ha sido uno de los objetivos más ampliamente perseguidos por la filosofía política desde mediados del siglo XIX. No procede aquí detenerse a analizar los diversos caminos propuestos por la reflexión teórico-política en la consecución de esta ansiada superación. Por otro lado, no me siento capaz de realizar –y mucho menos plasmar aquí– una historia, aunque sea somera, de las teorías políticas.

Ahora bien, mi intención parte del siguiente presupuesto: plantear este objetivo superador no significa intentar una especie de término medio entre ambos planteamientos; se trata de algo mucho más radical: se trata de trascenderlos intentando encontrar un nuevo punto de partida, esto es, una concepción del hombre y de la sociedad que responda más adecuadamente a la verdadera realidad de ambos. En consecuencia, y respetando cualquier opinión más cualificada, me parecen especialmente relevantes para este fin dos tipos de propuestas: por un lado, las que apelan a una recuperación de la política, emparentando con la tradición clásica (en particular la greco-romana) y, por otro, las propuestas de signo personalista, que propugnan una construcción social basada en la primacía de la persona. Al destacarlas, tan sólo pretendo resaltar la importancia que cobra la idea de “comunicabilidad” en el establecimiento de un nuevo punto de partida en la filosofía social y política; de una parte, como revulsivo para un replanteamiento de la acción política en la línea de proyecto libre y común y de bien común; de otra parte, como constitutivo esencial de la noción de persona humana congruente con la afirmación de su dignidad y singularidad.

I.1. RECUPERACIÓN DE LA POLÍTICA

Tal vez ninguna obra más sugerente respecto a la primera de las líneas señaladas –recuperación de la tradición clásica– que el ensayo *La condición humana*, publicado por Hannah Arendt en 1958¹⁰. La época moderna –afirma– ha perdido el sentido de la *vita activa*, de la acción tal y como la entendieron los griegos y romanos; es decir, de la política como actividad de hombres libres que conviven y dialogan alimentando su espíritu con el recuerdo de las grandes gestas del pasado y orientándolo a partir de ese recuerdo a tareas nuevas igualmente nobles y enriquecedoras. A través de la memoria y del empeño en las grandes empresas, la fugacidad del acontecer resultaba vencida y el hombre afirmado en su valor y en su singularidad.

Como resultado de un largo proceso –continúa Arendt– la acción, en el sentido descrito, ha cedido paso ante preocupaciones más prosaicas y menos enaltecidas: el simple cuidado de la vida, la búsqueda del bienestar. La satisfacción de las necesidades vitales que para el griego era un mero pre-requisito, ciertamente imprescindible, pero simple y mero “requisito” de la actividad política al fin y al cabo –ésta suponía, como acción libre, la superación de la necesidad–, ha pasado a ser concebido como el objetivo político por excelencia. Desde Adam Smith a Marx, desde los teóricos de la economía liberal hasta los partidarios de la economía planificada, a pesar de su oposición, todos preconizan la primacía de la economía sobre la política. Nadie duda de que el progreso económico es bueno y, en cuanto tal, debe ser perseguido. Pero cosa distinta es otorgarle la categoría de fin y estructurar en función de él la acción político-social: proceder por ese camino es recortar el horizonte del ser humano, reducirlo a lo que en él es más elemental, desconocer y oscurecer su grandeza. La consecuencia de este planteamiento –entiende Arendt– es la crisis de nuestra cultura, y para hacerle frente debemos cambiar el rumbo de las cosas; esto es, se impone la necesidad de volver a la consideración de la política como tarea común de hombres libres que sueñan con empresas dignas de ser narradas. Recuperar, en suma –concluye–, el sentido de la virtud, de la magnanimidad, de la nobleza.

No es Hannah Arendt la única que propugna una vuelta al pensamiento político clásico, podrían citarse muchos intentos de actualizar la filosofía práctica de cuño aristotélico, en particular; resulta muy notoria la aportación de un conjunto de pensadores angloamericanos que suelen denominarse comunitaristas (Sandel, Taylor, Walzer, Barber)¹¹. No obstante, la obra de Arendt representa una nostalgia de lo mejor del pensamiento griego, pero teñida de cierto patetismo y pesimismo respecto a su plasmación en nuestro futuro.

¹⁰ H. ARENDT, *The human condition*, Chicago 1958 (trad. castellana de R. Gil Novales, *La condición humana*, Barcelona 1993).

¹¹ Vid. la síntesis ofrecida por A. CORTINA, *Hasta un pueblo de demonios*, op. cit., pp. 77-94.

Comparto la admiración hacia estos rasgos de la civilización clásica y la necesidad de recuperar esta comprensión de la política como una tarea común, noble y engrandecedora. Pero sin olvidar que el aristocratismo griego tuvo un profundo reverso: vivir; dialogar y actuar como hombres libres connotaba, como condición de posibilidad nunca impugnada por los pensadores de la Hélade, la existencia de esclavos; es decir, sólo la existencia del esclavo permitía aportar los bienes necesarios que hacían posible la libertad del ciudadano.

Con esta salvedad, la propuesta de Arendt resulta sumamente interesante porque en ella subyace esta idea de la "comunicabilidad esencial" del ser humano. En efecto, por un lado, cada hombre se reconoce a sí mismo en la historia, en el recuerdo de esas "grandes gestas" que han hecho posible el avance material y moral del conjunto de la humanidad; por otro, cada hombre es consciente de que esas grandes gestas son algo que le trasciende como individuo y que sólo son posibles desde una conjunción de voluntades en la realización de un proyecto común. En definitiva, para recuperar la grandeza y magnanimidad de la acción política debemos partir del presupuesto de la comunicabilidad y reconocer su decisivo papel en todo proyecto de construcción social.

En consecuencia, considero muy importante la propuesta de recuperación de la política, en el sentido magnánimo concebido por el mundo clásico, pero bajo dos premisas fundamentales:

1. Evitar la dualización que supondría aceptar de nuevo la incomunicación. Esto significa asumir que el ideal de liberación de la sujeción a la necesidad es una gran tarea que corresponde a toda la sociedad y no sólo a alguno de los sectores que la integran; es decir, la política concebida como tarea común de hombres libres empeñados en grandes ideales no puede convertirse en un privilegio de clase que se construye sobre la aportación material de quienes no han sido llamados a tan excelso cometido.
2. Plantear una comprensión antropológicamente más acabada del sentido de la grandeza congruente con la comunicabilidad esencial. Esto requiere partir de que la grandeza de una empresa no depende tanto de su magnitud, de su singularidad, de su exclusivismo o de su dificultad, como de su humanidad, de su radicación en ese núcleo de verdad y de valores que hacen que el hombre sea hombre. Esto significa que la grandeza no puede ser sinónimo de excepcionalidad y convertirse en coartada para la exclusión de quien sólo se considera un ser corriente. La grandeza viene determinada más por el espíritu que se pone en acto en la tarea que por la excepcionalidad o exclusividad de las cualidades de quien deba desempeñarla.

2.2. LA AFIRMACIÓN DEL PRIMADO DE LA PERSONA

La segunda gran propuesta de superación de la bipolaridad individualismo colectivismo, conecta precisamente con las dos precisiones que acabamos de formular a la necesidad de recuperación de la política en el sentido clásico: se trata de afirmar el primado de la persona (entendida como autoposesión y comunicabilidad) en cuanto que principio hermenéutico decisivo en orden a una adecuada configuración de la filosofía política y a una justa estructuración de la convivencia social.

Como es bien sabido, en el contexto de la conmoción intelectual y social producida por la primera guerra mundial y los acontecimientos que le sucedieron, se abre paso y toma cuerpo ese nuevo movimiento de ideas denominado más tarde personalismo comunitario¹². La cultura y la política burguesas imperantes en todo el siglo XIX y los presupuestos individualistas que lo sustentaban habían llegado al final de su ciclo histórico. Pero por otro lado, los planteamientos que aspiraban a sustituirlos, fascismo y nacionalsocialismo de una parte y marxismo en su versión comunista de otra, antitéticos pero coincidentes en la orientación colectivista, dibujaban un horizonte ciertamente aterrador.

“La crisis que nos solicita –escribió Emmanuel Mounier– no tiene las proporciones de una simple crisis política, ni incluso de una crisis económica profunda. Asistimos al derrumbamiento de una era de civilización”¹³. Las civilizaciones –afirma en su análisis– no se alternan a modo de constelaciones que se suceden con ritmo incesante y en última instancia cansino en el escenario de la historia; ni son el resultado de determinismos históricos de los que fluiría la imagen del hombre que cada una de ellas caracteriza. Son fruto de la acción del espíritu: de un movimiento por el que el espíritu no sólo toma conciencia de sí y de los valores que implica, sino que los expresa y vive de tal manera que alcanza a encarnarlos en la concreta coyuntura histórica.

Hay pues que dar vida –continúa– no a un simple despertar moral, expuesto siempre a degenerar en moralismo, sino a una auténtica revolución espiritual que, sintiéndose solidaria de toda la amalgama de realizaciones, estructuras, técnicas y aspiraciones que la presente civilización implica, sepa asumirlas orientándolas hacia un verdadero humanismo. La clave para ello es precisamente –concluye–, la comprensión del hombre como persona y en consecuencia la promoción de una civilización personalista, o sea, de una sociedad “cuyas estructuras y espíritu estén orientados a la realización como persona de cada uno de los individuos que la componen”¹⁴.

¹² Vid. A. DOMINGO, *Un humanismo del siglo XX: el personalismo*, Pedagógicas, Madrid 1985.

¹³ E. MOUNIER, *Manifeste au service du personalisme*, Paris 1936; ed. castellana, *Manifiesto al servicio del personalismo*, Madrid 1967, p. 15.

¹⁴ E. MOUNIER, *op. cit.*, p. 75.

Uno de los colaboradores más íntimos de Mounier, Jean Lacroix, reflexionando sobre el empeño intelectual por ellos compartido, afirmaba que el personalismo que defendían y propugnaban no era, ni quería ser, una ideología; es decir, una representación trabada y de algún modo completa y cerrada en el propio momento histórico; pero tampoco quería ser, propiamente hablando, una filosofía: se trataba, más bien, de una matriz o fuente, de una inspiración de fondo que podía articularse y expresarse de hecho en filosofías muy diversas¹⁵. El propio Mounier se había expresado ya en sus primeros escritos de forma parecida: "Llamamos personalista a toda doctrina, a toda civilización que afirma el primado de la persona humana sobre las necesidades materiales y sobre los mecanismos colectivos que sostienen su desarrollo"¹⁶. Poco después añadía: "El personalismo no es para nosotros más que un santo y seña significativo, una como designación colectiva para doctrinas distintas pero que, en la situación histórica en que estamos situados, pueden ponerse de acuerdo en las condiciones elementales, físicas y metafísicas de una nueva civilización"¹⁷.

En consecuencia, estimo que la afirmación del primado de la persona, o más específicamente, la necesidad de pensar la vida social a partir de la persona y de todo aquello que la persona implica, trasciende de hecho muy ampliamente las fronteras del personalismo francés del que Mounier y Lacroix son exponentes. Parece claro que en esa afirmación coinciden pensadores de filiaciones muy diversas: tomistas como Maritain; fenomenólogos como von Hildebrand; existencialistas como Marcel; espiritualistas como Buber, etc; incluso alguno de ellos ha rechazado expresamente por considerarlo inapropiado el calificativo de personalista. Lo que no ofrece dudas, sin embargo, es la convicción compartida por todos de que la vida social recibe sentido en y a partir de la persona¹⁸.

Los filósofos personalistas construyen sus aportaciones sobre un concepto de persona que se define como autoposesión y comunicabilidad. No es posible desarrollar aquí en todas sus implicaciones esta cuestión, pero podría afirmarse que esta noción de persona quizá sea la más completa y profunda que la filosofía ha propuesto hasta ahora. El personalismo lo asume de la reflexión realizada por el pensamiento cristiano. En efecto, en la concepción cristiana, el universo se explica –a diferencia de lo que tendía a considerar la gran mayoría del pensamiento antiguo– como acto de un Dios que, siendo en sí mismo comunicación y entrega, lo hace surgir para hacerlo partícipe de la unidad que él ya posee; es decir, para el cristianismo la pluralidad no es un mal, ni el resultado de una caída; y tampoco considera que la meta que dota de sentido a todo sea la recuperación de la supuesta unidad perdida, sino la consti-

¹⁵ J. LACROIX, *Le personalisme comme anti-idéologie*, París 1972. Un interesante estudio sobre la aportación de este autor a la filosofía del Derecho y la filosofía política puede verse en E. VIDAL, *Filosofía, Derecho y Política* en Jean Lacroix, Madrid 1998.

¹⁶ E. MOUNIER, *Op. cit.*, p. 9.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Con relación a la diversa matriz filosófica de los pensadores personalistas vid. J.M. BURGOS, *El personalismo*, Madrid 2000.

tución de un diálogo, de una comunicación, en la que dicha pluralidad, sin dejar de ser tal, participa¹⁹.

En ese contexto debe entenderse el nacimiento del concepto "persona", en su designación de un ser espiritual y subsistente. Si los pensadores cristianos acudieron a la utilización de un vocablo como el de *prosopon*, distinto de los que entonces eran habituales en la filosofía (naturaleza, esencia, hipóstasis, sustancia...), fue porque ninguno de ellos servía para expresar la realidad de un Dios que, sin abandonar la unidad de sus substancia, era a la vez pluralidad, vida y comunicación. De manera que la densidad de significado del concepto persona suponía una riqueza y una radicalidad que no había tenido precedentes en el pensamiento anterior. Se trataba de afirmar la existencia de un ser subsistente en sí mismo y a la vez inseparablemente abierto; dueño absoluto de sí y orientado constitutivamente hacia la comunicación y la entrega de sí. Y esto se descubría como la ley más profunda que rige y gobierna el ser. Esa dialéctica ontológica de autoposición y comunicación, el pensamiento cristiano la proyecta sobre el ser humano que habiendo sido creado a imagen y semejanza de Dios está igualmente llamado a ser persona. En consecuencia, se concibe como un ser dueño de sí hasta tal punto que es capaz de tomarse a sí mismo y entregarse a otro, alcanzando sólo en esa entrega su propia plenitud.

Este núcleo conceptual es el que otorga a la noción de persona una relevancia determinante en el análisis y la estructuración de la vida social, tal y como ha sido puesto de relieve por los filósofos personalistas. Mounier –quizá su exponente más cualificado–, tomando prestada la terminología de Maritain, intentó expresar esta realidad mediante la distinción entre individuo y persona. El individuo es el ser concreto en cuanto distinto y separado, en cuanto que se presenta, de una parte, como uno más en el conjunto, en la masa, mientras que de otra, se contrapone a lo que le rodea, cerrándose sobre sí mismo: dispersión, anonimato y egoísmo, vuelta sobre sí, son sus notas distintivas. La persona connota, en cambio, dominio de sí, y ello hasta el extremo de implicar la posibilidad de poder, sin desvanecerse o destruirse, salir de sí, entrar en relación con otros, darse, abrirse en un acto de suprema disponibilidad²⁰.

El pensamiento posterior ha criticado esta distinción realizada por Mounier y Maritain, aludiendo a una inseparable integración entre individualidad y personalidad: la diferenciación respecto de otros (individualidad) no se opone a la apertura y la comunicación (personalidad), sino que, por el contrario, la hace posible. También a la inversa: la personalidad (donación y entrega) no sólo no destruye la individualidad del propio ser, sino que la connota y la despliega.

En todo caso, acogiendo estos matices, la sociedad, concebida desde la perspectiva

¹⁹ J. RATZINGER, *La esencia del cristianismo*, Salamanca 1979, pp. 147 y ss.

²⁰ E. MOUNIER, *Manifiesto al servicio del personalismo*, cit. pp. 79 y ss.

del individuo, no pasaría de ser un simple agregado, resultado de la mera coexistencia de seres que sólo de modo tangencial y extrínseco entran en relación unos con otros, como mera yuxtaposición de entidades que al entrecruzarse permanecen inalteradas en su propio ser, sin que nunca se produzca ni pueda producirse una verdadera y auténtica compenetración. La sociedad, concebida desde la perspectiva de la persona, se presenta como expresión y fruto de la comunicabilidad; no como mera coexistencia sino como convivencia; más aún, como comunidad, como compenetración entre seres que se reconocen todos ellos dotados de una dignidad y llamados por la misma razón a una mutua comunicación y entrega.

La construcción personalista, con frecuencia, ha suscitado una crítica que se traduce en un interrogante: los presupuestos que acabamos de exponer resultan muy coherentes con una antropología espiritualista y una fe de orientación cristiana, ahora bien, este planteamiento ¿no se sitúa en un plano radicalmente diverso al de la política? Con otras palabras podríamos pensar que este concepto de persona y la construcción social cimentada sobre él, sólo tendría virtualidad real para un "más allá" escatológico proclamado por el credo cristiano, pero que carece de efectividad real en orden a la comprensión de la vida social actual y de la concreta acción política que debe realizarse hoy y ahora²¹.

No procede plantear aquí un análisis crítico sobre la filosofía personalista pero, más allá de las limitaciones que se le puedan imputar, considero que su propuesta fundamental de hacer pivotar "la nueva civilización" sobre la noción de persona y ésta sobre la comunicabilidad constituye un punto de partida muy consistente para el objetivo que habíamos planteado al inicio de estas reflexiones: la superación del dualismo en el planteamiento de una nueva filosofía social y política. En efecto, la idea del primado de la persona en la construcción social supone establecer dos premisas fundamentales: a) la sociedad civil es un horizonte consubstancial de la persona (con ello cabe superar el individualismo); b) pero no es su horizonte último, porque de algún modo la persona trasciende toda estructura social (con ello cabe superar el colectivismo). Veámoslo con algo más de profundidad.

Si partimos de que ser persona supone estar constitutivamente abierto a la comunicación, eso significa que el hombre no puede situarse frente a la sociedad de forma accesoria o periférica, sino que ésta forma parte consubstancial de su propio

²¹ La posible ineficacia del mensaje evangélico para fundar la acción política ha sido formulada más de una vez, tanto en el pasado como en la actualidad. Por remitirnos a pensadores que ya hemos considerado, Hannah Arendt considera que el debilitamiento del sentido de la política que lastra la sociedad contemporánea, hunde sus raíces en la primacía de la "contemplación" sobre la "acción" proclamada por Platón y, muy especialmente, en la acentuación de la bondad interior y de la vida trascendente, propias del cristianismo. Este es el trasfondo que emerge desde las primeras páginas de la obra de Arendt: el mundo en el que brota y se ejerce la acción política, el mundo en relación con el cual adquieren importancia las gestas históricas y los proyectos de futuro, carece en realidad de valor para el cristiano que, trascendiendo el mundo, se piensa a sí mismo como ser aislado y referido a Dios. El análisis de Arendt, muy ligado a su origen familiar y a su formación académica, no parece muy coherente con la concepción agustiniana de las dos ciudades (dos sociedades) y su concepto de ciudad como "comunidad de hombres en el bien y en la justicia" (sociedad de personas). No obstante, este es un problema que excede con mucho de este ámbito.

ser; superando de este modo el análisis hobbesiano. Ahora bien, junto a esto, resulta necesario afirmar también que, si la persona debe considerarse como un valor absoluto en sí misma (asumiendo la formulación kantiana), el horizonte último del existir humano no puede agotarse en el contexto de las sociedades temporales (volveríamos entonces a agitar el fantasma del colectivismo). En efecto, el hombre trasciende al tiempo y a la historia y, por ello, a las sociedades que a lo largo del tiempo y de la historia, nacen, se desarrollan y mueren. Esta segunda premisa resultaría fundamental para valorar correctamente la totalidad del existir humano. Cabría afirmar, pues, la consubstancialidad que la vida social representa para la persona, pero sin presentar la sociedad civil como un absoluto, puesto que en tal caso se cercenaría drásticamente el horizonte humano y se negaría la sustantividad propia de toda persona.

Por otra parte, afirmar la trascendencia de la persona sobre la sociedad civil genera dos importantes consecuencias: por un lado, afirmar su carácter absoluto como fundamento de su dignidad y, por otro lado, resulta la única manera de liberar a la política de su carga mesiánica y de los espejismos utópicos que genera, tanto de corte individualista como colectivista. En definitiva, supone plantear la verdad de la política como proyecto humano y como proyecto común, es decir, como ámbito para el encuentro de hombres libres, conscientes a la vez de sus grandezas pero también de sus limitaciones y, constitutivamente abiertos a la comunicabilidad, esto es, al diálogo y a la colaboración.

4. FUNDAMENTOS PARA UN NUEVO PARADIGMA

El análisis precedente, a fuer de obligadamente sumario, nos enfrenta directamente con la segunda de las cuestiones clave: ¿cabe plantear en la práctica un nuevo paradigma de relación entre persona y sociedad que no sea puramente teórico, utópico o escatológico? No es nada fácil responder acabadamente a esta cuestión, pero el conjunto de las aportaciones aquí aludidas permiten sugerir, al menos, tres elementos sobre los que podría sustentarse ese nuevo paradigma configurador de una sociedad basada en la comunicabilidad esencial de la persona humana.

a) Respeto y servicio como fundamentos del vínculo social

Casi resulta superfluo reproducir aquí un texto de Kant, múltiples veces citado: "El hombre y, en general, todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no como medio para usos arbitrarios de esta u otra voluntad; debe en todas sus acciones (...) ser considerado al mismo tiempo como fin"²². Las formulaciones del pensamiento kantiano son difícilmente superables, aunque el formalismo que caracteriza toda su

²² I. KANT, *La metafísica de las costumbres*, Madrid 1983, pp. 82-83.

filosofía comporta determinadas consecuencias que, quizá en este terreno, exigirían alguna precisión. En efecto, recurriendo nuevamente a nociones kantianas, podríamos decir que el hombre es un ser dotado de dignidad y que por ello merece respeto.

Ahora bien, la fuente de la dignidad, como han subrayado sobre todo los autores personalistas, no estaría tanto en su racionalidad cuanto en su apertura a la comunicación (en último término, a su comunicación con el ser infinito, que hace revertir sobre el ser humano la infinita dignidad del infinito)²³.

De estos presupuestos pueden extraerse tres importantes consecuencias:

- Universalidad e inalienabilidad de la condición de persona; esto significa afirmar que todo ser humano es persona, sea cual sea su sexo, su desarrollo evolutivo, su condición social, su raza, etc. Y, por ello, exige ser tratado en todo momento como tal.
- La dificultad que comporta para el reconocimiento de la dignidad de la persona el hecho de privarla de una dimensión trascendente²⁴.
- La noción de respeto, aun siendo acertada e imprescindible, resulta incompleta para expresar la atención que la persona exige por virtud de su infinita dignidad. En efecto, el respeto evocado por Kant, apunta a un dato básico e insoslayable: toda persona en cuanto que dueña de sí, posee una intimidad que debe ser siempre reconocida y máximamente respetada. Pero el paradigma de sociedad humana quedaría tremendamente limitado si sólo aspirara a crear una agrupación de individuos que simplemente se respeten. Con ser esto mucho, ya que supone el reconocimiento y afirmación de la dignidad del otro, sin embargo, basar las relaciones interpersonales en el respeto, connota una sustancial distancia, exterioridad y aislamiento poco congruentes con la dimensión esencial de apertura a la comunicación propia de la persona. De aquí que el auténtico paradigma de una sociedad humana, como ha puesto de manifiesto el personalismo comunitario, no puede ser sino el de constituir una comunidad de personas, que se reconocen ordenadas unas a las otras.

Ahora bien, en qué consiste esta ordenación o mutua interpelación que debe existir entre todos los miembros de una sociedad, para traspasar el umbral del respeto y alcanzar el ideal de la comunidad de personas. A mi entender, el elemento catalizador de este proceso de construcción de una sociedad fundada en el primado de la persona, es la dimensión de servicio. En efecto, la expresión máxima del recono-

²³ M. NÉDONCELLE, *La réciprocité des consciences*, París 1942. Frente al solipsismo del cogito cartesiano, afirma: "la comunión de las conciencias es el hecho primitivo, el cogito tiene, antes que nada un carácter recíproco" (p. 310).

²⁴ C. CAFFARRA, "Moralidad y progreso social", en AA.VV., *Ética y teología ante la crisis contemporánea*, Pamplona 1982, pp. 309-322.

cimiento de la suprema dignidad de la persona, más allá del respeto, es la disposición de servirla. En este sentido cabría hablar de recuperar la política como la máxima expresión del servicio a la persona. La acción política no debe estar movida por el afán de poder; que se traduce en el dominio del otro, sino por el noble deseo de servir al otro, reconociendo en ese acto toda la magnitud de su dignidad. Eso significa que debe plantearse como un ámbito de encuentro de subjetividades que, siendo diversas entre sí, se unen para una tarea común, a través de una plena disposición para el servicio mutuo. De este modo, tal y como proponía Hannah Arendt, cabría recuperar también la grandeza y magnanimidad de las metas que la sociedad, a través de la política, se plantea.

b) Libertad y solidaridad como condiciones del existir social

La libertad, esto es, la capacidad de disponer de sí mismo que el hombre posee, es no sólo una condición de posibilidad de la sociedad, sino uno de sus elementos constitutivos. La vida social y la acción política sólo pueden concebirse como fruto y expresión de la libertad. Una sociedad de esclavos no es, propiamente hablando, una sociedad; como tampoco lo es una convivencia impuesta o un mero coexistir aunque esté fuertemente reglamentado. La crítica griega a la tiranía y la moderna hacia el burocratismo y el imperio de la tecnocracia coinciden en este punto. Hay sociedad humana cuando hay libertad y en la medida en que hay libertad, ya que sólo puede producirse el encuentro y la comunicación entre personas cuando cada una de ellas se dirige libremente a las otras y es libremente aceptada.

Por consiguiente, la vida social reclama el reconocimiento y la promoción efectiva de las libertades, pero reclama igualmente que esa libertad sea percibida como lo que realmente es en el ámbito de la persona: no mera posibilidad de afirmar la propia voluntad, sino plena capacidad de comunicación²⁵. En otras palabras, que la libertad se reconozca a sí misma como fuerza que se realiza, no en el dominio del otro, sino en su servicio. Desde este presupuesto, todo hombre debería considerar a los demás seres humanos no sólo como “otros yo”, otros seres semejantes a él, sino en una dimensión mucho más profunda, exigida por su condición de personas: como “partes del propio yo”. Para ello resulta imprescindible reconocer previamente que cada hombre se realiza no en soledad sino en comunidad, es decir, reconocer que junto a la libertad constitutiva del ser humano existe una consubstancial e inherente dimensión solidaria que requiere de una coherente expresión vital y práctica.

En consecuencia, la construcción de una sociedad fundada sobre el primado de la persona, debe situar a la solidaridad en la categoría de norma intrínseca, es decir, autenticadora, plenificadora y potenciadora de la libertad personal²⁶.

²⁵ E. MOUNIER, *El personalismo*, A.C.C., Madrid 1997; en particular, pp. 31 y ss.

²⁶ *Ibidem*.

También este aspecto genera importantes consecuencias para la política. En efecto, en la medida en que la libertad sea percibida como plena capacidad para la comunicación, encuentro y servicio al otro, todas las personas se sentirán implicadas en la acción política, como ámbito de encuentro de hombres libres, abiertos al diálogo y a la colaboración, asumiendo la tarea común y solidaria de servicio al otro.

c) Redescubrir la noción de bien común

En definitiva, los dos aspectos anteriores remiten con fuerza al redescubrimiento, en su sentido más profundo, de la noción de bien común. Sólo desde esta idea cabe plantear un sentido magnánimo de la acción política como resultado de una tarea común de hombres libres, orientados a la consecución de un proyecto común que los trasciende y, al tiempo, los engrandece, generando las condiciones para que el existir social se desarrolle sobre las coordenadas de un con-vivir (interdependencia, respeto y servicio) que da lugar a la comunidad de personas.

Para los clásicos la idea de bien común revestía una importantísima operatividad práctica, en la medida que establecía un límite al ejercicio del poder público, fundamentaba la resistencia frente a la opresión y explicaba la convivencia en términos de solidaridad. A partir del siglo XIX, sin embargo, esta idea de bien común se renueva terminológicamente bajo los conceptos de "interés público" o "interés general", no ajenos a las manipulaciones de corte individualista o colectivista, que serán objeto de una amplia polémica que adquiere su mayor intensidad en la década de los 40 y 50, pero que llega hasta nuestros días²⁷. Aunque el debate sigue abierto y no ha llegado a conclusiones universalmente compartidas, parecen superadas las posiciones negadoras y muchos coinciden en la continuidad del concepto clásico de bien común a pesar del cambio terminológico, destacando su doble faceta: descriptiva, relativa a su proyección sobre una comunidad y axiológica, relativa a su condición de bien. En este contexto podría definirse como "el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible tanto a los grupos sociales como a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección". En definitiva, el bien común implica una dilatada gama de realidades (bienes materiales, paz social, educación, arte, cultura...) sin los cuales no puede darse una vida verdadera y profundamente humana. Para algunos, la noción más amplia de bien común aparece estrechamente vinculada con la más profunda significación y alcance de los derechos humanos²⁸.

Debemos precisar, sin embargo, que aquello que singulariza al bien común como tal es su carácter de común, y que en una construcción social fundada sobre la idea de comunidad de personas, el vocablo "común" debe revestir un sentido no sólo objetivo sino subjetivo. Esto significa que la correcta comprensión de bien común,

²⁷ Una excelente síntesis del debate ideológico relativo a la noción de bien común puede verse en A.E. PÉREZ LUÑO, *Teoría del Derecho, Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid 1997, pp. 235-243.

²⁸ A.M. QUINTAS, *Análisis del bene comune*, Roma 1979.

desde la perspectiva en la que nos estamos moviendo, no consiste en una masa de bienes de los que pueden beneficiarse aisladamente cada una de las personas que integran una sociedad, pudiendo permanecer ajenas y extrañas unas a las otras, sino que se trata de un bien que sólo puede alcanzarse y obtenerse en común y que, por tanto, une y exige de todos una constitutiva capacidad de comunicación que permita concebir y realizar un proyecto común. Dicho en otras palabras, el elemento básico del bien común de una sociedad concebida como comunidad de personas es la "interrelación", la mutua referencia, de manera que el bien común presupone la existencia de una comunidad pero al materializarse la desarrolla y la perfecciona. Con una expresión más contundente podríamos decir que el bien común se identifica, en cierto modo, con el "convivir", con la vida en común gracias a la cual las personas se conciben mutuamente referidas y afrontan en común la tarea de existir como personas, es decir, como seres que alcanzan la propia perfección y la madurez en la comunicación y en el encuentro.

Como hemos apuntado, este aspecto evidencia la finalidad última de la acción política: no se trata sólo, con ser esto importante, de aspirar a la satisfacción de los intereses particulares de los individuos, ni tan siquiera del denominado "interés general" de la sociedad en el sentido utilitarista (máximo acceso al máximo número de bienes), se trata sobre todo de facilitar los cauces para la comunicación y el encuentro, para que pueda verificarse una tarea común, porque sólo desde este marco el individuo adquiere su plenitud de persona y convierte su convivencia común en una verdadera sociedad (comunidad de personas).

5.A MODO DE CONCLUSIÓN

Pienso que lo expuesto hasta aquí –con todas las limitaciones que entraña una aproximación de estas características–, permite avalar nuestra hipótesis de partida.

Por una parte, tal y como habíamos señalado, individualismo y colectivismo han partido de una concepción del hombre como ser radicalmente incomunicable y ambos han fracasado en sus respectivos modelos de relación individuo-sociedad. En consecuencia, a la hora de ir perfilando un nuevo modelo integrador y superador de ese dualismo, vale la pena partir de la "comunicabilidad" como clave hermenéutica fundamental en orden a una auténtica comprensión del vivir social. Desde esta perspectiva, resulta igualmente importante afirmar la "interdependencia" como dimensión constitutiva del ser humano (superadora de la autosuficiencia y del sometimiento).

Por otra parte, desde esta sugestiva clave hermenéutica, resulta plenamente coherente plantear la recuperación de la grandeza y magnanimidad de la acción política y del sentido más profundo de la noción bien común, como condición de posibilidad de una sociedad concebida como "comunidad de personas".

LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN
LA REAL AUDIENCIA DE LA PLATA
DE LOS CHARCAS

José Luis
BAPTISTA
MORALES

RESUMEN: L

SUMARIO: Introducción. I. Los órganos con residencia en España II. Los Organos con residencia en América III. La Audiencia de Charcas IV. Larga vigencia del Sistema Procesal de la Colonia

INTRODUCCION

Consolidada la conquista española en la mayor parte de América, se fue configurando la estructura administrativa para fines de gobierno de las nuevas posesiones. Inicialmente se crearon, a ese propósito, dos órganos con residencia en España: la Casa de Contratación y el Real Consejo de Indias y, luego, los Virreinos y las Reales Audiencias, de los que dependían las Capitanías Generales y las Gobernaciones, con sede en territorios americanos.

I. LOS ORGANOS CON RESIDENCIA EN ESPAÑA

La Casa de Contratación.- El primero de todos esos órganos, fue la Casa de Contratación, con sede en Sevilla, que se estableció en mérito a la Cédula Real de 20 de enero de 1503. Entre sus atribuciones estaba el control del movimiento de personas y bienes hacia las nuevas tierras, el velar porque no falten las mercaderías necesarias en las expediciones a Indias, concesión de licencias para zarpar, nombramiento de capitanes de las embarcaciones. Todo el comercio de exportación e importación con América quedó centralizado en Sevilla. La Casa de Contratación tuvo atribuciones políticas en el orden fiscal y en los ramos de administración comercial y judicial. Se afirma que, desde que se creó el otro organismo (Consejo de Indias), hubo permanentemente entre ambos órganos conflicto de competencias respecto a temas judiciales.

El Real Consejo de Indias.- Este segundo órgano, creado por Real Cédula de 14 de septiembre de 1519 como parte integrante del Real Consejo de Castilla, fue separado de éste por Real Cédula de 1º de agosto de 1524. Llegó a ser la más alta autoridad legislativa y administrativa del imperio americano después del Rey. A principios del siglo XVII se conformaron cuatro Secretarías dentro del Consejo, siendo una de ellas la encargada del Virreinato del Perú. Desde su inicio estuvo el Consejo dividido en secciones dedicadas, respectivamente, a gobierno, justicia, guerra y hacienda. En el aspecto judicial tenía jurisdicción civil y criminal en última instancia

•José Luis Baptista Morales

Abogado. Profesor de Criminología, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba, de la Universidad Católica de La Paz y Cochabamba y de la Universidad del Valle de Sucre. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Simón. Juez de Partido en lo Penal. Representante del Defensor del Pueblo en Cochabamba. Intendente de Recursos Jerárquicos de la Superintendencia de Servicio Civil. A partir del 24 de julio de 2007, por designación del H. Congreso Nacional, es Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

pues entendía en las apelaciones contra las sentencias emitidas por las Audiencias Americanas.

II. LOS ORGANOS CON RESIDENCIA EN AMERICA

Los Virreinos.- El vocablo "Virrey" es una abreviatura del término "Vice Rey". La palabra "vice", a su vez, significa "en vez de". "Virrey" era el título con que se designaba a quien se encargaba de representar la persona del Rey de España como su "alter ego" (el otro yo) en uno de los territorios de la Corona ejerciendo plenamente las prerrogativas regias. Fue el jefe civil y militar dentro de su unidad administrativa, dependiendo de él la justicia, el tesoro y los aspectos seculares del gobierno eclesiástico. El Virreinato constituyó la máxima expresión territorial y político-administrativa que existió en la América española y estuvo destinado a garantizar el dominio y la autoridad de la monarquía peninsular sobre esos territorios.

En 1542 fue creado el Virreinato del Perú con sede en la ciudad de Lima. Inicialmente abarcó un extenso territorio que sólo exceptuaba a las Guayanas, la costa del Caribe en la actual Venezuela y Brasil. Algunas de las regiones, por tratarse de zonas de guerra, fueron regidas por Capitanes Generales que actuaban con plena autonomía dentro del Virreinato (Panamá, Chile y el Río de La Plata). El poder directo del Virrey se manifestó sobre el resto. A lo largo del siglo XVIII el Virreinato del Perú fue desmembrado y dio origen a los Virreinos de Nueva Granada y del Río de La Plata. El territorio que actualmente constituye la República de Bolivia dependió del Virreinato del Perú hasta 1776 en que pasó a depender del Virreinato del Río de La Plata.

Por Real Cédula de 1º de agosto de 1776 se creó el Virreinato del Río de La Plata, con capital en Buenos Aires, integrado por las Gobernaciones de Charcas, Córdoba del Tucumán, Río de La Plata y Paraguay.

Las Reales Audiencias.- La Real Audiencia fue el más alto tribunal judicial en las Indias. Contó con jurisdicción civil y criminal y una amplia competencia extendida inclusive al ámbito eclesiástico. Sobre la Audiencia sólo estaba el Consejo de Indias al que únicamente se recurría en casos muy especiales.

Las Audiencias constituidas en la misma sede del Virreinato (casos de Lima y Buenos Aires) sólo tenían atribuciones judiciales. En cambio otras Audiencias, como es el caso de la Audiencia de La Plata, tenían tanto atribuciones judiciales como administrativas y políticas. En lo concerniente a las atribuciones judiciales, la Real Audiencia conocía de los juicios civiles y criminales, de cuyos fallos se podía apelar (ante el Consejo de

Indias o ante el Virrey) siempre que se tratase de asuntos por más de seis mil pesos oro. En lo relativo a las atribuciones administrativas y políticas las Audiencias poseían el derecho y la obligación de examinar las ordenanzas, los reglamentos y decretos del Virrey, vigilaban el cumplimiento del derecho de Patronato, se encargaban del cobro y reparto del diezmo y estaban autorizadas para informar al Rey sobre la conducta funcionaria de las diversas autoridades tanto civiles como eclesiásticas, velar por el buen trato a los indios, aprobar los aranceles, administrar bienes de difuntos y hacer cumplir las disposiciones del Consejo de Indias.

En el marco de la administración de justicia, la Real Audiencia tenía, según los casos, las funciones de segunda y tercera instancia. En instancias anteriores se encontraban los Alcaldes quienes integraban el Cabildo junto con los Regidores. Los Alcaldes eran Jueces de Primera Instancia que administraban justicia en lo civil y en lo criminal; de sus fallos, cuando la cuantía no pasaba de determinado monto, se podía apelar ante el Cabildo y, si se trataba de sumas mayores, la apelación debía entablarse ante la Real Audiencias¹.

Los Cabildos.- Los Cabildos ejercían funciones diversas que, por una parte, correspondían a las que hoy son propias de las Municipalidades y, por otra, eran el equivalente del rol que hoy pertenece a los Jueces de Primera Instancia. La labor relativa al régimen de municipio era cumplida por los Regidores y, la de carácter jurisdiccional, estaba confiada a los Alcaldes. Con ligeras variantes, todo lo concerniente al funcionamiento de los Cabildos se aplicó desde el siglo XVI hasta el surgimiento del régimen republicano sobre la base de disposiciones muy antiguas que luego figuraron en la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias que promulgó el Rey Carlos II en Madrid el 8 de mayo de 1680.

En principio, iniciada la conquista de América, desde el momento en que se procedió al establecimiento de poblaciones, se trasladaron para fines de gobierno y administración las normas vigentes en España. Sin embargo, como emergencia del mismo proceso de conquista, los primeros Cabildos no fueron conformados con sujeción estricta a los previstos procedimientos legales de selección de sus integrantes en regiones como México y el Perú, que para entonces lograron un estado de avance institucional superior al de otras latitudes, y se fueron organizando en mérito a decisiones adoptadas directamente por los conquistadores (Cortés, Pizarro) con cargo a confirmación posterior por parte del Rey².

¹ Malamud Carlos, Et. Al, historia de América. Temas didácticos, Ed. Universitas, Madrid, 1995.p.p. 110-111

² Lucena Salmoral, Manuel, Et. Al, Historia de Iberoamerica, Ed. Cátedra, Madrid, 1990, Tomo II Historia Moderna, p. 221.

Ley Primera de la Recopilación de Indias³. Esa norma, que es transcripción textual de una disposición dictada por Carlos V en 1537, dice: *“Es nuestra voluntad, que sean elegidos cada año en la forma que hasta ahora se ha hecho y fuere costumbre, dos alcaldes ordinarios, los cuales mandamos que conozcan en primera instancia de todos los negocios, causa y cosas que podía conocer el Gobernador o su Lugarteniente en cuanto a lo civil y criminal, y las apelaciones que se interpusieren de sus autos o sentencias vayan a las Audiencias, Gobernadores o Ayuntamientos conforme estuviere ordenado por leyes de éstos y aquellos reinos”*⁴.

Según el mencionado Constantino Bayle, los Alcaldes, clasificados en las categorías de primero y segundo voto, constituyeron la cabeza del Consejo al cual presidían en juntas y fiestas y asumían las atribuciones del Cabildo que demandaban dirección personal como el gobierno civil y militar. Sobre ese punto, una disposición emitida por Felipe II el 26 de noviembre de 1573, transcrita en la Ley XIV, Título Tercero, Libro V de la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias⁵ prescribe: *“Donde hubiere gobernador, o corregidor, no entren los alcaldes ordinarios en el cabildo, porque se siguen grandes inconvenientes de que por la mayor parte de votos se deje de resolver lo que fuere más justo, mayormente si entraren a votar con esta intención, excepto si la costumbre hubiere introducido lo contrario”*.

Bayle añade que los Alcaldes administraban justicia en nombre del Rey en los lugares correspondientes a su jurisdicción, *“donde podían llevar vara”* (bastón que por insignia de autoridad usaban los ministros de justicia). Dentro de sus términos, los alcaldes hacían justicia, esto es, sentenciaban en causas civiles y criminales, según su leal saber y entender o con el asesoramiento del letrado del Cabildo. Su tribunal fue de primera instancia: se podía apelar de ella al Cabildo, y del Cabildo a la Audiencia, si lo litigado o fallado correspondía a montos de menor cuantía. Juzgaban los dos Alcaldes pero bastaba uno, sin que el ausente pueda nombrar suplente. Caían también bajo su vara las causas de los indios de su territorio, y cada año un alcalde y un regidor, sin poder delegar; salían a visitar los pueblos indígenas y sentenciar sin papeleo y ejecutar las sentencias. La institución de los corregidores anuló, por innecesarias, las visitas, aun manteniendo la jurisdicción capitular, pues el corregidor de indios lo nombraba frecuentemente el Cabildo. Otro aspecto judicial, único, consistía en que un alcalde podía juzgar la causa del otro, o sea, recibir la denuncia, instruir el proceso y fallar; por lo menos, en causas civiles.

Con referencia a materia penal, el mismo Bayle informa: *“De ordinario, a la pena de muerte había de preceder consulta de la Audiencia: medida sabia contra posibles abusos de monterillas* apasionados o ignorantes, principalmente en pueblos chicos y retirados, donde la*

³ Constantino Bayle S.I. — Los Cabildos Seculares en la América Española, Talleres gráficos Halr, Madrid 1952, p 159.

⁴ Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, Tomo Segundo, Boix Editor, Madrid 1841.

⁵ Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias. Ob. Cit.

* Se denominaba coloquialmente “Alcalde de Monterilla” al Alcalde labriego o rústico de alguna aldea o lugar. (Diccionario de la Lengua Española - Real Academia Española).

veleidad o el arrebato y la no posible apelación podía encubrir la venganza con manto de ley. Pero eso mismo abría el portón a la impunidad, dejando al reo meses, en espera del fallo confirmatorio, en cárceles mal seguras”⁶. Explica luego ese autor que tal disposición fue derogada mediante Cédula Real emitida por Felipe IV el 25 de agosto de 1664; esa Cédula se encuentra transcrita en el Libro VIII, Título 8, Ley 20 de la Recopilación de Indias y dice: “Por justas causas y consideraciones sobre los inconvenientes que resultarían de esta resolución [esperar el visto bueno de la Audiencia], en perjuicio de la vindicta pública, es nuestra voluntad y mandamos, que en todas las causas de cualquier calidad que sean, observen y guarden lo dispuesto por Ordenanzas de las Indias y Leyes de estos Reinos de Castilla que tratan de las penas y conminaciones que se deben imponer a los delincuentes, y que ejecuten sus sentencias, aunque sean de muerte, administrando justicia con la libertad que conviene”.

Los Regidores.- Las funciones correspondientes al cargo de Regidor eran las de administrar la ciudad, sus bienes, su policía, urbanismo, abastos, licencias de mercaderes u oficiales; reconocimiento de cargos, desde el Gobernador y Obispo hasta pregonero y verdugo; salud pública, llamada o admisión de médicos y boticarios; defensa de las prerrogativas comunales. (Bayle). Los Regidores eran miembros del Cabildo con voz y voto y podían desempeñar varios cargos a la vez, excepto el de Alcalde. Para ser elegido Regidor se requería ser vecino benemérito y reunir aptitudes para su ejercicio. (Diccionario Histórico de Bolivia).

El Alguacil Mayor.- Tenía a su cargo la detención de malsines*, el hacer cumplir las Ordenanzas sobre la seguridad pública, ejecutar las órdenes de encarcelamiento dadas por la Audiencia y los Alcaldes, la custodia de los reos confesos o presuntos. Su incumbencia la resumen las leyes 8, 9, 10, y 16 del Libro V, Título 7 de la Recopilación: rondar de noche y reconocer los lugares públicos; prender a los que le mandaren las justicias, impedir pecados públicos, ejecutar autos y mandamientos de Virreyes, Audiencias y Justicias.

Constituye uno de los antecedentes de la moderna policía. (Bayle).

El Fiel Ejecutor.- Cargo del gobierno de los municipios. En Indias originariamente sus competencias correspondieron a los Alcaldes Ordinarios; t luego ese cargo fue desempeñado por los mismos Regidores. Según Wolff, en 112.4 todo el Virreinato peruano sólo los hubo independientes en Potosí y Lima. En la Villa Imperial su nombramiento (1564) quebrantó los derechos y privilegios municipales, dando lugar a un largo litigio hasta fines del siglo, sin resultados para el Cabildo. Su función básica era garantizar el adecuado abastecimiento de la ciudad; también les competía

⁶ Constantino Bayle. Ob. Cit. p.p. 163-164.

* Malsines: personas que acusan, incriminan a alguien o hablan de algo con dañina intención (cizañeros, soplones). (Diccionario de la Lengua Española — Real Academia Española).

la regulación de los pesos y medidas para evitar fraudes. Solían tener ordenanzas especiales. (Diccionario Histórico de Bolivia).

Fiel Ejecutor es el Regidor encargado de asistir al repeso de víveres en los mercados para evitar todo fraude de parte de los vendedores así en la cantidad como en la calidad de los efectos, imponiéndoles las multas a que se hagan acreedores. (Escriche)..

Procurador del Cabildo.- Procurador, en sentido general, es la persona que, en virtud de poder o facultad de otro, ejecuta algo en su nombre. Los litigantes otorgaban poderes a un Procurador para que éste, en su nombre, intervenga en el proceso, asista a las audiencias judiciales, sea notificado y escuche la sentencia. En la época colonial las notificaciones de los actos procesales de audiencias y corregidores se hacían directamente a estos procuradores de causas (si hoy esto puede resultar irrelevante, entonces era muy importante para la dinámica de los procedimientos, ya que, una vez notificado el procurador, corrían los plazos procesales). Los procuradores podían presentar ciertos escritos de simple trámite y sin un sofisticado razonamiento jurídico; también firmaban en los escritos de los abogados (demanda, contestación, dúplica, réplica, pliego interrogatorio, alegato de bien probado y apelación). Los procuradores de causas eran de número en las audiencias y corregimientos, es decir que los había en un número fijo (algunas audiencias disponían de doce). Los Cabildos y las Corporaciones (comerciantes, universidades, gremios) enviaban procuradores a la metrópoli o a las sedes virreinales para defender sus derechos u obtener privilegios. En ese sentido, los más señalados fueron los que la Villa Imperial de Potosí envió, unas veces a Lima y otras a la Corte madrileña, para que presentaran las célebres “pretensiones” de los azogueros. (Diccionario Histórico de Bolivia).

Escribano.- La función específica del Escribano (equivalente a la que hoy corresponde al Notario) consistía en dar autenticidad a las declaraciones, actos o hechos que se formulaban o desarrollaban ante él. A cargo del Escribano estaba asistir a las juntas, recibir los votos en las elecciones, escribir las actas y firmarlas después de los cabildantes, hacer constar los requerimientos e intimaciones, transcribir en sus libros las Reales Cédulas referentes a la vida capitular; los nombramientos reales o gubernativos para oficios presentados al Concejo, actuar de secretario en las causas que la ciudad seguía por su procurador; ordenar y custodiar el archivo, cuyos papeles había de tener inventariados y cosidos para que no se extraviaran, con índices para su fácil hallazgo. Se vedaba rigurosamente sacar del archivo los originales; si se pedían papeles, aunque fuese por la Audiencia, debía entregar copias por él legalizadas con su firma. Las actuaciones todas de los oficios concejiles, alguacilazgo, fielato*,

* Fielato: expresión que hace referencia al cargo de Fiel Ejecutor. (Diccionario de la Lengua Z Española — Real Academia Española).

almotacenes*, alarifes*, procurador, abogado, etc., pasaban ante el Escribano. (Bayle).

La función del Escribano era la de redactar y autorizar con su firma los actos y diligencias de los procedimientos judiciales. (Escriche).

En Charcas su presencia solía ir de la mano del asentamiento colonial; con la expedición de Pedro de Candia hacia Tarija viajó un Escribano (1539); en el valle de Cochabamba ya satisfacían las necesidades de los colonos varias décadas antes de la fundación en 1571 de la Villa de Oropesa. (Diccionario Histórico de Bolivia).

Protector de Naturales.- Funcionario encargado de velar por el cumplimiento de las leyes protectoras en beneficio de la población indígena durante el período colonial. Sus atribuciones incluían la representación y defensa en juicio, la emisión de informes y la supervisión de la aplicación del sistema de protección. Como abogado de oficio, se encargaba de preparar la demanda, la contestación y la apelación, entre otros escritos procesales. Dada la autoridad que desempeñaba, era requerido por la administración para la evacuación de informes sobre la situación de la población indígena. Por otro lado, se ocupaba de supervisar el cumplimiento de la legislación a favor de los indios. Ejercía sus funciones en las Audiencias y los Corregimientos. Los investigadores del tema han coincidido en que la institución benefició a la población indígena, especialmente en los litigios sobre tierras y tributos. (Diccionario Histórico de Bolivia).

Los Cabildos, antes de que se generalizara la institución oficial de los Protectores, nombraron un comisionado con el título de Defensor de Indios bz que delatara abusos y urgiera las leyes protectoras de su libertad y visitara los pueblos de la jurisdicción, a ver por vista de ojos el tratamiento que recibían de encomenderos, curas y caciques. (Bayle).

Juez de Naturales.- Cargo que fue instituido en el Perú por el Virrey Diego de Acevedo y Zúñiga, Conde de Nieva (1560-1561), y confirmado por el Virrey Francisco de Toledo (1567-1583). Uno de los Corregidores ejercía la función de Juez de Naturales. Debía oír a las dos partes y sentenciar sin escribir nada si el interés del pleito no subía arriba de cincuenta pesos; si subía, sólo se anotaban las diligencias y el fallo del Corregidor que era inapelable. (Bayle).

Pregonero.- Su función consistía en dar a conocer lo que convenía llegase a noticia del público: ordenanzas municipales, subastas, publicación de sentencias, etc. (Bayle).

* Almotacén: persona encargada oficialmente de contrastar las pesas y medidas. (Diccionario de la Lengua Española — Real Academia Española).

* Alarife: Maestro de obras o de albañilería. (Escriche).

Verdugo.- Era el último oficio de la escala social, consistente en la función de ejecutar las penas de muerte. La resistencia a ejercer esa función está claramente expresada por una decisión adoptada en 1680 en Santiago de Chile, según la cual los miembros del Cabildo “acordaron que por voz de pregonero se saque a venta y remate el oficio de verdugo para ver si hay persona que lo quisiera servir; que se señalará salario de los propios de esta ciudad conforme a la postura y contrata que se hiciere; y que no habiendo por este medio persona que quiera hacer el dicho oficio, se aplique algún delincuente de pena capital que lo sirva como es uso y costumbre conmutándole la pena de la ley en la aplicación al dicho oficio por la utilidad y necesidad de la causa pública”. (Bayle).

III. LA AUDIENCIA DE CHARCAS

En su libro “Gobierno del Perú”, el Oidor Juan de Matienzo transcribió las “Leyes y Ordenanzas” para la Audiencia de Charcas, que contiene quince títulos correspondientes al siguiente detalle: I. “De la Audiencia y del Presidentes y Oidores”, II. “Del Presidente”, III. “Del Fiscal”, IV. “Del Alguacil Mayor y de sus Tenientes”, V. “De los Escribanos de la Audiencia”, VI. “De los Relatores”, VII. “De los Escribanos de Provincia y del Número”, VIII. “Del Repartidor y Tasador”, IX. “De los Abogados”, X. “De los Procuradores”, XI. “De los Receptores”, XII. “De los Porteros”, XIII. “De los Carceleros”, XIV. “De los Intérpretes de la Audiencia” y XV. “General” *, que proporciona información valiosa sobre atribuciones de los funcionarios relacionados con la administración de justicia, respecto a la cual la Real Audiencia tenía a su cargo la decisión de litigios en segunda instancia. Quienes juzgaban en primera instancia eran los Alcaldes que formaban parte del Cabildo.

Entre los puntos relativos a las funciones y atribuciones de los Oidores de la Audiencia figuran los siguientes:

La Audiencia debe tomar conocimiento en grado de apelación de todas las causas civiles y criminales procedentes de cualquier distrito dependiente de la Audiencia y, en primera instancia, de todo caso de Corte y de cualquier causa criminal que acaeciere en la ciudad de La Plata o en lugares comprendidos en su jurisdicción. El Oidor que se encuentre de turno como Alcalde de Corte debe ser autor de todos los autos él solo hasta que la correspondiente fase concluya en definitiva, debiendo luego pasar el caso al pleno de la Audiencia con registro ante Escribano de Cámara y no ante Escribano de Provincia.

* Juan de Matienzo. “Gobierno del Perú” (1567). Edición del Instituto Francés de Estudios Andinos, París-Lima, 1967. p.p. 219 a 245.

La causa inicialmente conocida por un Oidor en función de Alcalde de Corte debe concluir ante él, aunque se acabe su turno. Cada Oidor debe desempeñar la función de Alcalde de Corte medio año, con atribuciones para conocer en ese tiempo todas las causas de Gobierno y Justicia otjue acaecieren en la ciudad y en el ámbito de su jurisdicción. El Alcalde Ordinario debe conocer, con excepción de las causas criminales, cualquier otra. No corresponde que se califique como causas criminales a las originadas en quebrantamiento de Ordenanzas, razón por la cual dichas causas deben ser conocidas por los Alcaldes Ordinarios quienes, en su caso, pueden condenar en las penas pecuniarias contenidas en las Ordenanzas.

La Audiencia tiene que estar conformada por un Presidente y tres Oidores, uno de los cuales, el más nuevo, debe estar destinado a ejercer el cargo de Fiscal con derecho a voto en todos los negocios excepto en los que fuere parte, y en todos los de indios, sin atribución para ejercer la función de Alcalde de Corte. Para la decisión de causas debe darse el carácter de sentencia en los pleitos civiles y criminales al pronunciamiento de la mayor parte de los Oidores aunque la mayor parte no sean más que dos, debiendo, en caso de igualdad en votos, elegir a un abogado o a dos o a tres, según la necesidad, n: que residieren en la sede de la Audiencia y, si se diere el caso de no ser posible contar con el apoyo de abogado alguno, corresponder remitir el caso a otra Audiencia la cual tiene que estar obligada a aceptar y a enviar los votos respectivos para que se pronuncie sentencia en la Audiencia original. Si en fase de resolución se encuentran con asiento en la Audiencia solamente dos Oidores del total de los cuatro designados, ellos deberán conocer toda causa civil o criminal, de cualquier calidad que fuere, emitiendo sentencia si existe conformidad y, en caso contrario, según la circunstancia, deberán llamar para apoyo a abogados residentes en la sede de la Audiencia o pasar el correspondiente asunto a otra Audiencia. Si en esa fase quedare un solo Oidor en la Audiencia, éste deberá estar facultado para conocer de todos los pleitos hasta concluir; pudiendo para ese efecto, siempre que le pareciere necesario, estar tn acompañado por algún abogado de la sede de la Audiencia.

Las sentencias de vista y revista deben ser ejecutadas sin posibilidad de apelación ni de suplicación, excepto en causa civil de valor de seis mil pesos, caso en el cual debe permitirse que el que de la revista se sintiere agraviado pueda suplicar por segunda vez ante la Persona Real en plazo de veinte días, debiendo para ese efecto estar facultado para decir en la Audiencia sus agravios, pudiendo la otra parte responder a ellos, a cuyo término deberá presentarse en un año y medio ante el Rey con el proceso original, quedando una copia autorizada por Escribano de Cámara en la sede de la Audiencia donde deberá ejecutarse la sentencia sin embargo de la segunda suplicación, dando la parte en cuyo favor se dio, fianzas de que, si fuere revocada en el Consejo Real de Indias la dicha sentencia de revista, restituirá todo

lo que por ella se fuere adjudicado y entregado, conforme a la sentencia que se diere por las personas a quienes el Rey lo cometiere.

En el proceso ha de ir citada la parte en cuyo favor se dio la sentencia. En causas criminales no debe haber lugar a segunda suplicación, ni tampoco en causas sobre posesión, aunque las sentencias de vista y revista no sean conformes. Tampoco debe haber lugar a suplicación para la Persona Real si en el negocio hubiere tres sentencias definitivas: una de cualquier Juez, y otras de dos en Cancillería, siendo las dos de ellas conformes. No debe haber lugar a suplicación de la sentencia revocatoria o confirmatoria del Alcalde de Corte, del Alcalde Ordinario o de otro cualquier Juez que residiere en la ciudad de La Plata o en sus términos, aunque sea fuera de las cinco leguas, siendo la causa de valor de doscientos pesos abajo.

En cualquier asunto de justicia, de gracia o de gobierno, debe emitirse sentencia o auto con decisión adoptada de conformidad a lo que por voto hubiere optado la mayor parte, debiendo todos firmar la tal sentencia o auto o provisión o mandamiento, aunque hayan sido de voto contrario. Si en algún caso se dudare si son obligados a firmar todos, que se vote sobre ello, y se disponga el cumplimiento de lo que se acordare por la mayor parte, y siendo iguales los votos, se guarde el voto de los que fuesen obligados a firmar; todo lo cual hagan y cumplan el Presidente y Oidores, so pena de mil pesos para la Cámara, irremisibles.

Con referencia a los gastos que a los litigantes obliguen los pleitos, para excusar a éstos de costas, deben darse provisiones reales, selladas con el sello real, para fuera de la ciudad de La Plata y sus términos y jurisdicción, pero, para la ciudad y sus términos, deben darse mandamientos sin sello ni registro, diciendo: "*Nos los Oidores*". Para los fines de adecuado registro de causas, el Presidente debe tener un Libro de Acuerdos de Justicia y otro de Gobierno en los que se asienten los votos de todo lo que se tratare y platicare en Acuerdo y en todos los pleitos de doscientos pesos arriba. Respecto a la toma de decisiones, el Presidente y los Oidores deben procurar tener concordia de manera que el pueblo no entienda que entre ellos hay disensiones; en todo deben guardar secreto ni decir mal unos de otros públicamente, ni descubrir a los litigantes su voto, ni el de otro alguno de ellos, directa ni indirectamente.

En cuanto a los pleitos que llegaren a la Audiencia en grado de apelación, éstos deben estar concluidos y ser presentados para conocimiento del Rey, con la expresión de: "*Muy Poderoso Señor*", ante el Juez de quien se apela, el cual deberá recibirlos a prueba y, con su resultado, citar a las partes para que, dentro del término que le pareciere competente, se remita el proceso para que el Presidente y los Oidores lo determinen en vista como hallaren por derecho, a cuyo efecto deberá entregar, signada, una copia a la parte que apeló.

El Presidente y los Oidores deben tener atribución para enviar un Juez Pesquisidor contra los Jueces que no obedecieren las Provisiones Reales emanadas de la misma Audiencia, sin poder para enviar Pesquisidores en ningún otro caso, salvo sobre alboroto o junta de gente sobre lo cual, una consulta a Su Majestad o comunicación con el Gobernador y Adelantados ocasionare gran peligro. La Audiencia, además, debe tener poder para enviar Jueces de Comisión ante quienes pasen los asuntos respecto a los cuales les pareciere haber justa causa para ello, las concluyan en definitiva y envíen las sentencias a la Audiencia, remitiendo para ello los procesos en originales mediante Receptores nombrados por la Audiencia y no por los Escribanos de ella.

La Audiencia, y también un Juez Ordinario en los lugares donde hubiere Casa de Moneda, deben conocer de cualquier delito de falsedad de moneda que se cometiere por los monederos, aunque sea cometido dentro de la Casa de Moneda, asumiendo el conocimiento de la causa aunque los Alcaldes de la Casa de la Moneda hayan prevenido y comenzado a conocer de ella.

El sábado de cada semana deben ir los Oidores y el Fiscal a visitar las cárceles de la Audiencia y de la ciudad, con presencia de los Alcaldes, Alguaciles y Escribanos. El Presidente y los Oidores deben estar cada día tres horas a la mañana sentados en los estrados reales a oír relaciones, y destinar el martes y el viernes o, siendo fiesta, otro día, para Audiencia de Peticiones durante cuatro horas si es necesario.

Las Sentencias deben ser leídas por los Oidores y no por el Presidente, comenzando el más antiguo si hubiere tres sentencias o más y, habiendo dos o una, debe leerla el más nuevo; el relator debe proceder a la correspondiente lectura descubierta la cabeza, sentado en las gradas bajas de los estrados.

El Presidente o el Oidor que tuviere algún interés en el asunto sobre el cual tuviere que votar; y lo mismo si tocare a su mujer; hijos, yernos, cuñados, padres o hermanos, no se halle presente al votar; y lo mismo si un Oidor fuere recusado.

IV. LARGA VIGENCIA DEL SISTEMA PROCESAL DE LA COLONIA

Sobre la base de ese sistema de orden orgánico ejerció funciones la Real Audiencia de La Plata de los Charcas, con ligeras variantes, desde el 7 de septiembre de 1561 en que se posesionaron los primeros Oidores Pedro Ramírez de Quiñónes, Juan de Matienzo, Antonio López de Haro y Martín Pérez de Recalde⁷ hasta 1824 en que se concluyó el mandato del último Presidente de la Audiencia, Antonio Vigil.

⁷ Roberto Querejazu Calvo. "Chuquisaca 1539-1825". Imprenta Universitaria, Sucre 1987. p.

Durante ese lapso de más de doscientos cincuenta años, se aplicaron para la función jurisdiccional las disposiciones contenidas en la Recopilación de las Leyes de las Indias, la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla, la Novísima Recopilación y las Cédulas, Previsiones y Ordenanzas emitidas por los Reyes de España, resolviéndose bajo esas normas los Juicios Civiles Ordinarios, los Juicios Ejecutivos, los relativos a Sucesión por causa de muerte, los Juicios Sumarios de Despojo, los de Deslinde, los Juicios Criminales, los Juicios de Minas, los de Contrabando, los Juicios Eclesiásticos y el Juicio de Residencia⁸. El sistema procesal de todo ese período estuvo vigente, aún después de la creación de la República, hasta la promulgación del Código de Procederes el 11 de marzo de 1833 por el Presidente Andrés de Santa Cruz.

⁸ Francisco Gutiérrez de Escóbar: "Instrucción Forense y Orden de Sustanciar los Juicios Correspondientes según el Estilo y Práctica de esta Audiencia de La Plata" (1804). Edición bajo el título de "El Cuadernillo de Gutiérrez". Editorial Judicial, 2006. Sucre. p.p. 5-12.